



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

위약금 약정에 관한 연구

- 영국법과의 비교를 중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법 전공

이 은 샘

위약금 약정에 관한 연구

- 영국법과의 비교를 중심으로 -

지도교수 김 형 석

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 대학원

법학과 민법 전공

이 은 샘

이은샘의 석사 학위논문을 인준함

2019년 6월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문 초록

채무자가 채무불이행시 채권자에게 지급하기로 약정한 일정한 금전 기타 이익을 위약금이라 하며 그러한 내용의 합의를 위약금 약정이라 한다. 우리 민법은 위약금 약정에 관해 직접적으로 규정하고 있지 않고 제398조 제4항에서 “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라고 규정하고 있다. 이를 통해 위약금의 한가지 형태로 손해배상액의 예정이 있다는 점과 손해배상액의 예정이 아닌 위약금이 존재함을 파악할 수 있는데 통설과 판례에서 손해배상액의 예정이 아닌 위약금으로 위약벌의 개념을 인정하고 있다. 이와 같이 위약금 약정의 유형은 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별할 수 있다.

보통 위약금 약정이 손해배상 기능을 주로 가지면 손해배상액의 예정으로 보고 채무자로 하여금 채무의 이행을 확보하기 위한 사적 제재로서 정해진 것이라면 위약벌로 본다. 그러나 문제는 위약금 약정의 두 유형이 어느 하나의 기능만을 가지는 경우보다 두 기능을 함께 수행하는 경우가 많기 때문에 구별이 쉽지 않으며 판례 역시 위약금 약정을 손해배상액의 예정으로 볼 것인지 아니면 위약벌로 볼 것인지에 대해 명확한 구별 기준을 두고 있지 않다는 것이다. 판례는 2000년대 이전에는 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 보는 사례도 있었으나 위약벌로 본 사례들이 많았으며, 특히 도급계약에서 계약보증금과 지체상금이 함께 약정되어 있는 경

우에는 지체상금은 손해배상액의 예정에 해당하며 계약보증금은 위약벌에 해당한다는 판례가 많았다. 그러나 2000년대 이후에 대법원은 “위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다.”라고 하여 특별한 사정이 있는 경우에만 위약금 약정이 위약벌로 인정됨을 밝히며 위약벌 인정에 대해 신중하고 엄격한 태도를 보이고 있다.

일각에서는 양자 구별의 모호함으로 인해서 위약금을 손해배상액의 예정과 위약벌로 구분하는 것은 그 개념에 있어서나 그 실제적 효용에 있어서나 큰 의미를 찾기 어려우며 오히려 양자의 구분과 그에 따른 상이한 법리와 접근방식은 문제의 본질을 흐리게 한다는 주장도 제기되고 있다. 그러나 손해배상액의 예정과 위약벌을 명확히 구별하지 않을 경우 초과된 손해에 대한 청구가능성, 예정된 배상액의 감액청구가능성 등에서 혼란이 발생할 수 있다. 그러므로 손해배상액의 예정과 위약벌은 구별되어야 하며 주된 구별 기준은 손해배상과의 무관계성으로 위약벌은 손해와 관계없이 지급되는 금전 또는 부과되는 불이익이라 정의할 수 있을 것이다.

또한 민법 제398조는 표제를 손해배상액의 예정으로 두고 있어 위약벌의 경우 위 규정을 유추 적용할 수 있는지가 문제가 된다. 특히 문제가 되는 조항은 제398조 제2항에서 규정하고 있는 손해배상액의 예정의 감액 규정이라 할 수 있다. 판례는 위약벌의 경우 민법 제398조 제2항을 유추 적용할 수 없고 위약벌이 과도하다 판단되면 민법 제103조에서 규정하는 공서양속 위반을 이유로 하여 전부 또는 일부 무효가 된다는 입장을 취하고 있다. 그러나 이는 결국 감액과 같은 결과를 초래함에 있어 불필요한 우회로라 할 수 있으며, 민법 제398조 제2항의 취지를 고려할 때 감액의 필

요성은 제재 기능을 가지는 위약벌에 더욱 크다 할 것이기에 위약벌에도 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 감액을 인정해야 할 것이다.

영국에서도 위약금 약정을 손해배상액의 예정과 위약벌로 나누어 보는데, 손해배상액의 예정의 본질은 순수하게 사전에 손해배상을 산정하는 약정이며 위약벌의 본질은 당사자를 억압하기 위한 것이라 할 수 있다. 영국법과 우리 민법의 다른 점은 영국은 손해배상액의 예정만을 인정하고 위약벌은 무효로 한다는 점이다.

그렇기 때문에, 영국은 오랜 시간에 걸쳐 판례를 통해 손해배상액의 예정과 위약벌을 명확히 구별하기 위한 기준을 발달시켜 왔다. 종래의 영국은 위약벌을 전면적으로 무효로 하며 그 판단에 엄격한 기준을 두고 있었다. 이는 영국법에 있어 계약 위반에 대한 법적 구제의 기본 원칙은 계약 위반에 의해 발생한 손해에 대한 정당한 배상이라는 점에서 기인된 것이다. 영국에서 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 지도적 판결인 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd 판결에서는 위약벌의 본질은 위약자에 대한 경고로서 약정된 금전 지급에 있고 손해배상액 예정의 본질은 성실한 손해액의 사전 합의에 있다는 점을 설시한다. 그러나 최근 판례들을 살펴보면, Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd 판결의 지나치게 엄격한 범주는 상당히 공정하고 합리적인 약정을 무효로 하였다는 점을 지적하며 당사자들이 동등한 지위에서 체결한 계약의 경우-특히 상사계약-, 그들이 합리적으로 합의한 내용을 최대한 존중하는 태도를 보이며 예정된 배상액이 과다하다는 사실만으로 위약벌을 판단할 충분한 근거가 되지 않는다고 하여 위약벌 판단에 신중함을 기하고 당사자들의 계약에 개입하는 것을 꺼리고 있

음을 알 수 있다. 이는 비록 양 국가가 손해배상액의 예정과 위약벌에 있어 다른 체계를 가지고 있으나, 그 판단 기준은 점차 유사한 방향으로 나아가고 있다고 할 수 있다. 영국의 경우, 계약 당사자들의 계약 내용을 최대한 존중하여 당사자들 나름의 공정하고 합리적인 합의가 무효가 되어버림을 방지하고자 함에 있으며 우리 민법의 경우 손해배상액의 예정으로 합리적인 배상을 할 수 있도록 함에 있다고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 영국이 구축해 온 판례를 살펴보고 우리 민법과 비교하여 보는 것은 연구의 가치가 있는 일이 될 것이라 생각된다.

주요어: 위약금 약정, 손해배상액의 예정, 위약벌, 영국법

학번: 2015-22994

목차

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기	1
제 2 절 연구의 목적과 범위	4

제 2 장 우리 민법에서의 논의

6

제 1 절 위약금 약정의 두 유형-손해배상액의 예정과 위약 별	6
---	---

I. 위약금의 의의 및 기능	6
1. 손해배상액의 예정	7
2. 위약벌	9
II. 위약금청구의 요건	11
1. 주된 채권관계의 존재	11
2. 채무의 불이행	12
3. 채무자의 귀책사유의 요부	13
1) 손해배상액의 예정의 경우	13
2) 위약벌의 경우	16

3) 검토	16
4. 손해 발생의 요부	18
1) 손해배상액의 예정의 경우	18
2) 위약벌의 경우	19
3) 검토	20

제 2 절 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별 및 판단기준 21

I. 논의의 기초 21

II. 학설과 판례 22

1. 학설	22
2. 판례	23
1) 2000년대 이전 판례	24
2) 2000년대 이후 판례	30
3. 판례에 대한 검토	42
1) 2000년대 이전 판례에 대한 검토	42
2) 2000년대 이후 판례에 대한 검토	44
4. 소결	50

제 3 절 위약금의 증·감액에 관한 고찰 54

I. 손해배상액의 예정의 증·감액 여부 54

1. 서설	54
2. 부당히 과다하는 것의 의미	55

3. 판례	57
Ⅱ. 위약벌의 증·감액 여부	65
1. 서설	65
2. 판례	66
Ⅲ. 위약벌의 감액 필요성	70
Ⅳ. 소결	73

제 3 장 영국에서의 논의 76

제 1 절 영국에서의 위약금 약정(Agreed Damage clause)	76
Ⅰ. 손해배상액의 예정(liquidated damages)과 위약벌(penalty)	76
1. 서설	76
2. 위약벌 무효 법리 형성	78

제 2 절 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별	81
Ⅰ. 구별의 의의	81
Ⅱ. 구별 기준	82
1. 서설	82
2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage & Motor Co. Ltd case	83
1) 사실관계	83

2) 더니딘 판사(Lord Dunedin)의 4대 해석 규칙과 그에 대한 검토	84
---	----

III. 주요판례 89

1. Cellulose Acetate Silk Co. Ltd v Widness Foundry Ltd case	89
--	----

2. Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong case	92
---	----

3. McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd case	97
---	----

4. Murray v Leisureplay plc case	100
--	-----

5. M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd case	104
--	-----

6. Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye Ltd v Beavis case	107
--	-----

7. 보증금 성격에 관한 판례	114
------------------------	-----

1) Workers Trust & Merchant Bank Ltd v Dojap Investment Ltd case	115
--	-----

IV. 판례의 검토 117

제 3 절 영국에서의 위약벌 법리에 관한 고찰 123

I. 위약벌에 대한 거부 123

II. 법원의 최근 경향 125

III. 영국의 위약벌 법리에 대한 새로운 시각 128

1. 서설	128
-------------	-----

2. 위약벌 판단에 있어 엄격한 기준에 대한 비판	130
-----------------------------------	-----

3. 계약 자유의 원칙	134
--------------------	-----

IV. 우리 민법과 영국법의 비교와 고찰 141

제 4 장 결론	146
참고문헌	154

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기

채무자가 채무불이행시 채권자에게 지급하기로 약정한 일정한 금전 기타 이익을 위약금이라 하며 그러한 내용의 합의를 위약금 약정이라 한다. 채무자가 계약 내용에 좇은 이행을 하지 않아 채권자가 채무자에게 손해배상을 청구하는 경우, 채권자는 손해가 발생하였다는 것을 증명해야 하는 부담을 지고 소송에 있어서 이를 증명하기 위해 많은 시간과 비용을 들여야 하게 되는데 만약 계약 당사자들 사이에 채무자의 채무불이행을 대비하여 손해배상액을 예정해 둔다면 증명의 부담을 덜고 소송에 있어서의 시간과 비용을 줄일 수 있게 된다는 것이 위약금 약정의 취지이다.

우리 민법은 위약금 약정에 관해 직접적으로 규정하고 있지 않으며 다만 민법 제398조 제4항에서 “위약금의 약정은 손해배상액의 예정으로 추정한다.”라는 규정을 통해 위약금이라는 상위개념 아래 손해배상액의 예정이 아닌 위약금이 존재함을 파악할 수 있고 통설과 판례에서 손해배상액의 예정이 아닌 위약금으로 위약벌의 개념을 인정하고 있다.¹⁾ 이와 같이 위약금 약정의 유형은 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별할 수 있다.

1) 홍승면, “손해배상액의 예정과 위약벌의 구별방법”, 민사판례연구, 제24권, 2002, 121면 참조.

그러나 문제는 위약금 약정의 두 유형이 어느 하나의 기능만을 가지는 경우보다 두 기능을 함께 수행하는 경우가 많기 때문에 구별이 쉽지 않으며 판례 역시 위약금 약정을 손해배상액의 예정으로 볼 것인지 아니면 위약벌로 볼 것인지에 대한 명확한 구별 기준을 두고 있지 않다는 것이다.

일례로 종전에는 도급계약에 계약이행 보증금과 지체상금이 규정되어 있는 경우 지체상금은 손해배상액의 예정에 해당하고 계약이행 보증금은 위약벌에 해당한다고 보았으나²⁾ 최근 대법원은 이를 손해배상액의 예정으로 보고 있다.³⁾ 또한 종전 대법원은 공사도급계약에서 약정한 하자보수보증금 관련 사안에서 하자보수보증금이 위약벌 내지 제재금에 해당한다고 보았으나⁴⁾, 이후에는 손해배상액의 예정으로 보는 사례들이 많아지고 있으며 특수한 손해배상액의 예정으로 보는 사례도 존재한다.

또한 민법 제398조는 표제를 손해배상액의 예정으로 두고 있어 위약벌의 경우 위 규정을 유추 적용할 수 있는지가 문제 된다. 특히 문제가 되는 조항은 민법 제398조 제2항에서 규정하고 있는 손해배상액의 예정의 금액 규정이라 할 수 있다. 위약벌의 경우 손해배상액의 예정과 달리 민법 제398조 제2항을 유추 적용할 수 없고 민법 제103조에서 규정하는 공서양속 위반을 이유로 하여 전부 또는 일부 무효가 된다는 것이 판례의 입장이다.⁵⁾ 그러나 과도한 위약벌에 대해 공서양속 위반을 이유로 전부 또는 일부 무효를 인정하는 것은 결국 금액과 같은 결과를 초래함에 있어 불필요한 우회로라 할 수 있으며, 민법 제398조 제2항의 취지를 고려할 때 금액의 필요성은 제재 기능을 가지는 위약벌에 더욱 크다 할 것이기에 위약벌

2) 대법원 1996.4.26. 선고 95다11436 판결; 대법원 1997.10.28. 선고 97다21932 판결.

3) 대법원 2000.12.8. 선고 2000다35771 판결.

4) 대법원 1998.1.23. 선고 97다38329 판결.

5) 대법원 1993.3.24. 선고 92다46905 판결.

에도 민법 제 398조 제2항을 유추 적용하여 감액을 인정해야 한다는 주장이 끊임없이 제기되고 있다.

영국의 경우에도 계약 위반이 발생하는 경우 이로 인해 발생 되는 손해배상액을 예측하기가 어렵기 때문에 계약 당사자들 사이에 계약 위반에 관해 금원을 지급하기로 하기로 약정(Agreed Damage Clause)할 수 있으며, 이는 손해배상액의 예정(liquidated damages)과 위약벌(penalty)로 나뉜다. 손해배상액의 예정의 본질은 성실하게 사전에 손해배상액을 산정함에 있으며(a genuine covenanted pre-estimate of damages) 위약벌의 본질은 당사자를 억압하기 위함(in terrorem)에 있다고 할 수 있다. 영국은 우리 민법에서와는 달리 손해배상액의 예정만을 인정하며 위약벌은 무효로 하고 있다. 이는 계약 위반에 관해 법이 당사자로 하여금 계약을 준수하도록 하려하는 것이 아니라 상대방에게 그 위반으로 인한 손해를 배상받게 하려는 취지에서 비롯되는 것이며 위약금 약정이 채무자에게 계약을 준수하도록 압박하는 것으로 의도되었다면 이 약정은 무효이고 채권자는 따로 손해의 발생과 그 액을 증명하도록 하게 하는 것이다.

그렇기 때문에, 영국은 오랜 시간에 걸쳐 판례를 통해 손해배상액의 예정과 위약벌을 명확히 구별하기 위한 기준을 발달시켜 왔다. 따라서 영국이 구축해 온 판례를 살펴보고 우리 민법과 비교해 보는 것은 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별함에 있어 명확한 기준을 가지고 있지 않은 우리 민법에 참고할 부분이 있는지를 알아볼 수 있다는 점에서 가치 있는 일이 될 것이다. 또한 영국은 종래 위약벌을 전면적으로 무효로 하며 그 판단에 엄격한 기준을 두고 있던 것과는 달리 위약벌에 관한 새로운 시각을 제시하는 판례와 견해들이 제기되고 있다. 이를 통하여 영국에서 최근 제

기되는 위약금 약정에 관한 논점들이 우리 민법에는 어떤 점들을 시사할 수 있는지를 살펴볼 수 있을 것이다.

제 2 절 연구 목적과 범위

따라서 본 논문에서는 위약금 약정에 관해 우리 민법에서의 논의와 영국에서의 논의를 나누어 순차적으로 살펴보고자 한다.

제 2장 제 1절에서는 우리 민법에서 위약금 약정의 두 유형인 손해배상액의 예정과 위약벌을 나누어 각각의 의의와 기능에 대해 살펴보고 위약금을 청구하기 위해서 갖추어야 할 요건에 대해 알아볼 것이다. 제 2절에서는 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별 기준에 대해 살펴보기 위해 이와 관련된 주요 판례들을 2000년대 이전과 2000년대 이후로 나누어 검토하고 정리해도록 한다. 제 3절에서는 위약금의 증·감액에 관해 고찰해 볼 것이다. 우선 예정된 배상액이 손해배상액의 예정으로 판단될 경우, 그 예정된 배상액이 부당히 과다하면 민법 제398조 제2항에 따라 감액할 수 있는데 그렇다면 ‘부당히 과다’하다는 것의 의미가 무엇인지를 살펴보고 ‘부당히 과다’하여 감액이 허용된 판례와 허용되지 않은 판례를 나누어 검토해본다. 위약벌의 경우 원칙적으로 감액은 허용되지 않고 민법 제103조에 따라 공서양속에 반할 경우 전부 또는 일부 무효가 되어 감액과 같은 결과를 도출하고 있는데 공서양속에 반해 전부 또는 일부 무효가 인정된 사

례와 인정되지 않은 사례를 나누어 살펴보고 과도한 위약벌을 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 감액할 수 있는지와 그 필요성에 대해 연구해 보고자 한다.

제 3장 제 1절에서는 영국에서의 위약금 약정의 유형과 그 성격에 대해 살펴본다. 영국에서는 예정된 배상액을 손해배상액의 예정과 위약벌로 나누고 그 배상액이 위약벌로 판단될 경우 무효로 한다. 그러므로 영국에서 위약벌 무효 법리가 형성되기 까지의 과정을 살펴보도록 한다. 제 2절에서는 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별 기준에 대해 살펴보도록 한다. 여기서는 양자 구별에 지도적 판결인 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd 판결에 대해 살펴보고 이 판결을 통해 Dunedin 판사가 세운 4대 해석 규칙에 대해 정리해본다. 이후에는 영국에서의 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별에 관한 주요 판례들의 사실관계와 판결을 구체적으로 살펴보고 검토해볼 것이다. 제 3절에서는 영국에서의 위약벌 법리에 대해 고찰해본다. 다음으로 위약벌을 효력을 부정하던 영국법의 전통적 태도와 최근 영국이 위약벌 법리에 대해 가지는 새로운 시각에 대해 살펴볼 것이다. 이후에는 위약금 약정에 관한 우리 민법과 영국법을 비교하고 고찰하여 본다. 제 4장은 결론으로 앞서 주장한 내용을 정리하며 글을 마무리 하도록 한다.

제 2 장 우리 민법에서의 논의

제 1 절 위약금 약정의 두 유형-손해배상액의 예정과 위약벌

I. 위약금의 의의 및 기능

채무자가 계약의 내용에 좇은 이행을 하지 않아 채권자가 채무자에게 손해배상을 청구하는 경우 채권자는 자신에게 손해가 발생했다는 것을 증명해야 한다는 부담을 갖게 되며 소송을 제기하는 경우 이를 증명하기 위해 많은 시간과 비용을 들여야 한다는 어려움을 갖게 된다. 그러나 당사자간에 계약 위반의 경우를 대비하여 일정액을 지급하기로 미리 합의한다면 손해에 대한 증명의 어려움에서 벗어나게 되며 소송으로 인한 시간과 비용의 낭비를 막을 수 있다. 그리하여 민법은 법률관계 간이화의 취지에서 채무불이행의 경우 채무자가 지급해야 할 배상액을 당사자 사이에 계약을 통해 미리 정하여 두는 위약금 제도에 관한 규정을 두고 있으며 그 목적이나 형태는 매우 다양하다. 우리 민법에서는 제398조 제1항에서 손해배상액의 예정에 관한 규정을 두고 있고, 동조 제4항에서 “위약금의 약정은

손해배상액의 예정으로 추정한다.”는 규정을 두고 있다. 이를 통해 계약 위반을 대비하여 계약당사자가 합의한 약정을 총칭하는 것으로 ‘위약금’이라는 개념을 상정하고 있고 그 하부 개념으로 ‘손해배상액의 예정’을 두고 있으며 손해배상액의 예정이 아닌 위약금 약정으로서의 또 다른 하부 개념이 있음을 추정할 수 있는데 통설과 판례는 이를 ‘위약벌’로 인정하고 있다. 우리 민법상 위약벌이라는 용어는 사용되고 있지는 않지만 판례⁶⁾ 및 다수설⁷⁾에서 민법 제398조 제4항에 의해 손해배상액의 예정으로 추정되지 않는 위약금을 위약벌로 인정하는데 대부분 일치되어 있다. 따라서 위약금 약정의 유형은 손해배상액의 예정과 위약벌의 이원적 구조로 이루어져 있다 할 수 있으며 위약금 약정을 이해하기 위해 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하여 살펴보기로 한다.

1. 손해배상액의 예정

손해배상액의 예정이란 채무불이행의 경우 채무자가 지급하여야 할 손해배상의 액을 미리 정해두는 채권자와 채무자 사이의 계약이다. 손해배상액의 예정은 채무불이행이 발생하기 전에 채권자와 채무자가 미리 손해배상액을 약정하는 것으로 구체적으로 채무불이행이 발생한 후 발생한 손해배상액에 관해 합의를 하는 배상액의 합의와는 구별된다. 배상액은 금전으로 하는 것이 보통이나 당사자가 금전이 아닌 것-예컨대 물건이나 노

6) 대법원 1979.9.11. 선고 79다1270 판결; 대법원 1989.10.10. 선고 88다카25601 판결; 대법원 1998.12.23. 선고 97다40131 판결 등.

7) 곽윤직, 채권총론[민법강의Ⅱ], 제6판, 박영사, 2003, 24면; 김증한·김학동, 채권총론 제6판, 박영사, 1998, 162면; 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1998, 316면.

무 등-으로써 손해의 배상에 충당한 것을 예정할 수도 있다. 손해배상액의 예정은 채무불이행이 발생하기 전 채권자와 채무자 사이에 이루어지는 계약이므로 손해배상액의 예정계약을 체결하기 위해서는 원채권관계의 존재를 전제로 한다. 따라서 손해배상액의 예정은 원채권관계에 종된 계약이며 원채권관계의 채무불이행 발생을 정지조건으로 하는 조건부계약이다. 손해배상액의 예정은 이행의 청구나 계약의 해제에 영향을 미치지 않는다(민법 제398조 제3항). 동항은 손해배상액의 예정이 있다고 하여 이행 청구나 계약해제를 당연히 할 수 없게 되는 것이 아님을 의미하는데 그치며 이행청구나 계약해제를 배제하는 의미에서 손해배상액의 예정을 하는 것이 허용되지 않는다는 의미는 아니다.⁸⁾ 또한 손해배상의 예정이 부당히 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다(민법 제398조 제2항).

손해배상액의 예정은 일반적으로 허용되나 모든 계약에 있어 허용되는 것은 아니다. 특히 손해배상액의 예정에 의해 경제적 약자를 구속할 수 있는 계약의 경우는 허용되지 아니하는데 예를 들어, 근로계약에 있어서 사용자는 근로계약불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다(근로기준법 제27조). 또한 고객에게 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 손해배상액 예정약관조항도 무효이다(약관규제에 관한 법률 제8조).⁹⁾

8) 광윤직 편집대표, 민법주해(IX), 박영사, 1997, 636면 (양창수 집필부분).

9) 덧붙여 선박소유자는 선원근로계약의 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결할 수 없다(선원법 제3조). 또 손해배상액의 예정 목적의 내용이 사회질서를 위반하거나(민법 제103조) 상대방의 공박·경솔 또는 무경험을 이용하여 폭리를 얻으려는 것일 때에는 그 손해배상액의 예정계약은 무효이다(민법 제104조).

손해배상액의 예정의 기능에 관하여는 일원적 기능설과 이원적 기능설이 대립하고 있다. 일원적 기능설은 손해배상액의 예정이 채권자가 채무불이행을 이유로 손해배상액을 청구하기 위해서는 손해의 발생 사실과 손해액을 입증해야 하나 그 입증이 현실적으로 곤란하므로 이를 방지함과 동시에 분쟁을 미리 막음으로써 법률관계를 간이하게 하려는 손해전보 기능만을 가지고 있다는 것이다.¹⁰⁾

이원적 기능설은 손해배상액의 예정이 채무불이행시 배상액을 미리 정함으로써 채무불이행시에 채권자에게 손해의 발생 및 손해액의 입증 부담을 덜어주고, 배상액 결정에 관한 당사자의 다툼을 사전에 방지하여 신속하게 문제를 완결 짓게 하는 손해전보 기능 이외에 채무자에게 채무를 불이행할 경우 상당한 배상금이 부과된다는 것을 예고하여 심리적 경고를 줌으로써 채무이행을 확보할 수 있다는 이행강제 기능을 갖는다는 것이며¹¹⁾ 다수설¹²⁾이자 판례¹³⁾이다.

2. 위약벌

위약벌은 채무자의 의무위반에 대한 제재로서 계약 위반시 채권자가 손

10) 이지윤, “판례에 나타난 ‘특수한’ 손해배상액의 예정과 위약벌”, 비교사법 제18권 제4호, 2011.12, 1171면.

11) 이지윤, 전제 논문, 1174면.

12) 김증한·김학동, 전제서, 156면; 김용한, 채권법총론, 박영사, 1990; 박윤직 편집대표, 전제서, 637-638면 (양창수 집필부분).

13) 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결; 대법원 1993.4.23. 선고 92다41717 판결과 대법원 1995.12.12. 선고 95다28526 판결에서는 손해배상액의 예정의 목적은 손해전보 기능뿐만 아니라 심리적 경고를 통해 이행을 강제하려는 이행강제 기능도 있다는 취지의 판결을 통해 이원적 기능설의 입장을 취하고 있다.

해배상과 별도로 몰수하기로 한 위약금이다. 위약벌은 채무자의 계약 위반에 따른 벌금부과인 경우로 채권자는 위약벌과 동시에 채무불이행에 의한 손해배상을 청구할 수 있다. 우리 민법은 위약벌을 따로 규정하고 있지는 않다. 다만 민법 제398조 제4항에서 “위약금의 약정은 손해배상의 예정으로 추정한다.”라고 규정함으로써 손해배상액 예정 외의 다른 위약금 약정의 형태로 위약벌을 인정하고 있는 것이다.

위약벌의 주된 기능은 채무자를 압박하여 그가 계약 내용에 좇은 이행을 하도록 강제하는 것이다. 위약벌의 기능에 대한 다수설과 판례는 위약벌은 이행강제 기능만을 인정하며 손해배상의 용이화 기능은 인정하고 있지 않다.¹⁴⁾ 또한 위약벌은 손해배상액의 예정과는 달리 민법 제398조 제2항에 규정된 감액권이 인정되지 않는다.

이에 대해 위약벌의 기능 중에는 이행강제 기능 외에 손해전보 기능도 포함되어 있고 다만 두 가지 기능이 대등한 관계가 아니라 이행강제 기능이 손해전보 기능보다 우선하는 효력이 있다고 보는 견해도 있다.¹⁵⁾ 위약금이 구체적으로 어떤 성질을 가지는 것인가는 당사자 사이의 약정에 의하여야 할 것이지만, 당사자의 의사가 불확실한 때에는 민법은 분쟁을 피하기 위해 위약금 약정은 손해배상액의 예정이라 추정하고 있다. 즉, 위약금 약정이 손해배상액의 예정으로 추정되는 이상 위약벌은 예외적인 위약금 약정 형태에 불과하며 위약벌 약정은 신중하고 엄격하게 인정되어야 한다.¹⁶⁾ 대법원은 “위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정

14) 홍승면, 전제 논문, 123면.

15) 최창열, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 1998, 116면.

16) 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정”, 저스티스 제155호, 2016, 203면.

이 주장·입증되어야 한다.”라고 판시하고 있으며¹⁷⁾ 따라서 위약금이 위약벌이라는 것은 이를 주장하는 자가 그 사실을 입증해야 한다.

II. 위약금청구의 요건

1. 주된 채권관계의 존재

위약금은 법률이 아닌 당사자의 약정에 의하여 이루어진다. 위약금 약정은 채무불이행이 발생하기 전에 채권자와 채무자 사이에 이루어지는 약정이며 위약금 약정을 체결하기 위해서는 주된 채권관계의 존재를 전제로 한다.

따라서 위약금 약정은 주된 채권관계의 종된 계약이고, 손해배상의 예정과 위약벌의 구별 없이 주된 채권관계의 채무불이행의 발생을 정지조건으로 하여 체결되는 종된 계약이다. 따라서 위약금 약정은 주된 채권관계와 법률적 운명을 같이하는 존재이며 주된 채권에 하자가 있어 무효 또는 취소가 되는 경우에는 위약금 약정도 효력을 상실한다. 그러나 계약 당사자가 계약의 무효나 취소에 대비하여 별도로 배상액을 예정한 경우에는 그 약정에 따른다. 계약이 중도에 해제·해지되어 채무를 이행할 필요가 없게 된 경우에도 위약금을 청구할 수 없다.¹⁸⁾ 또한 주된 채권관계의 채권담보

17) 대법원 2000.12.8. 선고 2000다35771 판결.

18) 이은영, 채권총론 제4판, 박영사, 2009, 365면.

는 예정손해배상액도 담보하게 된다.¹⁹⁾

2. 채무의 불이행

위약금은 채무자가 채무를 이행하지 않을 경우를 대비하여 약정하는 것이므로, 위약금 청구를 위해서는 채무의 불이행이 발생해야 하며 위약금 약정에 기해 위약금청구권을 발생시키는 채무불이행의 구체적인 내용은 당사자의 의사 해석에 의해 정해진다. 여기서 채무불이행이란 넓은 의미의 채무불이행, 즉 모든 형태의 의무위반(이행불능, 이행지체, 불완전이행, 이행거절 등)을 포괄하는 것이다.²⁰⁾ 판례 또한 계약을 위반할 경우 계약금의 배액을 배상하기로 하는 약정에서 ‘위약’이라 함은 특별한 사정이 없는 한 본래의 계약 내용을 위반하여 그에 따른 의무를 이행하지 않는 것을 가르키는 것이라고 보아 같은 입장을 취하고 있다.²¹⁾

그러나 전보배상의 경우를 예상하고 정해진 것이 아닌 위약금의 경우에는 전보배상만이 문제가 되는 이행불능이 있으면 위약금 약정에 의하여 처리할 수 없다.²²⁾ 또한 사소한 의무위반의 경우에는 신의칙상 위약금 청

19) 김상용, 채권총론, 개정판증보, 법문사, 2006, 200면.

20) 최병조, “위약금의 법적 성질”, 민사판례연구, 제11집, 1989, 226면.

21) 대법원 1981.7.7. 선고 80다2185 판결.

22) 대법원 1978.7.11. 선고 78다733 판결에서는 이 사건 계약 조항은 계약에 부분적인 하자가 있을 때를 뜻하는 것인지, 이행불능시에 관한 손해배상액의 예정까지 포함한 것인지 모호할 뿐만 아니라 우리나라의 부동산거래의 일반 통념상 이행불능이 된 때에도 계약금배상만의 손해배상액의 예정 약정을 하는 사례는 이 예에 속하므로 이를 이행불능도 포함하는 손해배상의 예정에 관한 특약으로 숙단한 판단은 위법하다고 보았다. 그러나 대법원 1992.12.22. 선고 92다30320 판결에서는 매도인이 계약을 위반하면 계약금의 배액을 배상하기로 한 계약금배상액약정에서 매도인이 제3자에게 이중양도함으로써 매수인에 대한 소유권 이전 채무가 이행불능이 된 사안에서 계약금 상당액의 손해배상만을 명하였다. 이는 계약을 해제한 경우와 해제하지 아니한 경우 사이에 매수인

구가 허용되지 않는다. 쌍무계약의 양 당사자가 모두 위약금을 약정하였는데 쌍방이 모두 위약을 한 경우 각각 약정한 위약금을 지급해야 하지만 일방 당사자의 위약이 상대적으로 현저히 중대하여 상대 당사자에게 위약금을 청구하는 것이 신의칙상 기대될 수 없다면 위약금을 청구할 수 없다.²³⁾ 또한 계약해제에 따른 계약금반환의무의 불이행은 이에 해당하지 않고²⁴⁾ 계약에 관련된 불법행위상의 손해 또한 이에 포함되지 않는다.²⁵⁾

3. 채무자의 귀책사유의 요부

1) 손해배상액의 예정의 경우

이처럼 채권자는 채무자의 채무불이행이 있으면 배상액을 청구할 수 있다. 이에 대해 예정된 배상액의 요건으로 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유의 요부에 관해서는 학설이 대립하고 있다. 계약 자유의 원칙상 손해배상액의 예정 당시에 귀책사유에 관해 특약을 맺을 수 있으며 그런 특약이 있는 경우에는 특약에 따라 해결하면 될 것이다. 문제는 그러한 특약이 없는 경우 채무자가 귀책사유가 없는 사실을 입증하여 배상액의 지급책임을 면할 수 있느냐는 것이다. 이에 대한 학설과 판례는 다음과 같

이 취득할 배상액에 불균형이 생기기 때문이라는 견해인데 이에 반박하여 계약금배상액약정이 일반적으로 이행불능의 경우에 대해서도 쌍무계약 관계를 청산할 목적으로 체결되었다 볼 수 없어 애초에 불균형이 성립하지 않는다는 견해가 있다. 박윤직 편집대표, 전게서, 665면 (양창수 집필부분).

23) 최창열, 전게 논문, 139면.

24) 대법원 1981.7.7. 선고 80다2185 판결.

25) 대법원 1965.3.23 선고 65다34 판결.

다.

(1) 귀책사유불요설

귀책사유불요설은 민법 제398조 제1항에서의 ‘채무불이행’은 채무자의 귀책사유를 요건으로 하지 않으며 채무자가 변제기에 채무를 제대로 이행하지 않았다는 단순한 객관적 사실, 즉 급부장애만을 필요로 한다고 해석하는 견해이다.²⁶⁾ 이 견해에 따르면 채무자는 급부장애가 자기에게 책임 없는 사유로 발생한 것이라 하더라도 이를 입증하여 책임을 면할 수 없게 된다. 이는 위약금 약정의 목적이 귀책사유의 유무를 포함한 당사자간의 증명 문제를 피하여 입증의 곤란을 극복하고 함에 있으므로 위약금을 청구하는데 있어서 당사자 간의 의사는 채무자의 귀책사유를 포함하여 일체의 분쟁을 피하려는 것에 있다는 것이다.²⁷⁾

(2) 귀책사유요건설

귀책사유요건설은 민법 제398조 제1항의 채무불이행은 귀책사유를 책임요건으로 갖춘 경우를 가르킨다고 해석하는 견해이다.²⁸⁾ 우리 민법은 채무불이행에 관하여 과실책임주의를 취하고 있으며 이를 배제하는 특약이 없는 한 위약금 약정에 있어서도 채무자의 채무불이행에 있어 귀책사유가

26) 곽윤직, 전거서, 123면; 김상용, 전거서, 200면.

27) 송덕수, 채권법총론 제2판, 2015, 박영사 191면; 이은영, 전거서, 365면; 김상용, 전거서, 200면.

28) 이은영, 전거서, 368면; 김형배, 전거서, 312면; 이창한, “손해배상액의 예정에 관한 몇 가지 문제점”, 민사법연구 제3집, 호남민사법연구회, 1994.

위약금청구의 요건이 되어야 한다. 손해배상액의 예정이란 손해배상의 방식에 관한 합의일 뿐이므로 손해배상의 요건인 채무불이행을 일반적인 경우와 달리 해석할 특별한 사정이 없는 한에는 채무자의 귀책사유가 필요하다. 따라서 채무자는 채무불이행에 대해 귀책사유가 없음을 입증한 경우 채무자에게 위약금 지급의무가 없다고 할 것이다. 판례 또한 같은 취지이다.²⁹⁾

이에 덧붙여 대법원은 채무자의 귀책사유를 묻지 않는 약정의 존재 여부는 당사자 사이의 의사 해석문제인데 당사자의 통상의 의사는 채무자의 귀책사유로 인한 채무불이행에 대해서만 손해배상액의 예정을 한 것이라고 봄이 상당하므로, 채무자의 귀책사유를 묻지 않기로 하는 약정의 존재는 엄격히 제한하여 인정해야 한다고 한다.³⁰⁾ 동시이행관계의 존재 등 위법성 요건이 충족되지 않는 경우에도 예정된 배상액을 지급할 의무가 발생하지 않는다.³¹⁾ 한편 금전채무불이행의 경우와 같이 원래 귀책사유 없음을 항변하지 못하는 경우에는(민법 제397조 제2항 후단) 귀책사유가 없는 때에도 예정액을 청구할 수 있다고 할 것이다.

29) 대법원 1989.7.25. 선고 88다카6273 판결; 대법원 1995.9.5. 선고 95다18376 판결에서는 준공지연에 대하여 지체상금을 정한 경우, “수급인이 책임질 수 없는 사유로 인하여” 공사가 지연된 경우에는 그 기간만큼 공제되어야 한다고 판시하였다. 또한 대법원 2007.12.27. 선고 2006다9408 판결에서도 채무불이행으로 인한 손해배상액이 예정되어 있는 경우에는 채권자는 채무불이행 사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정배상액을 청구할 수 있고, 채무자는 채권자와 채무불이행에 있어 채무자의 귀책사유를 묻지 아니한다는 약정을 하지 아니한 이상 자신의 귀책사유가 없음을 주장·입증함으로써 예정배상액의 지급책임을 면할 수 있다고 판시하였다.

30) 대법원 2007.12.27. 선고 2006다9408 판결.

31) 대법원 2009.1.30. 선고 2007다10337 판결에서는 부동산매매계약에서 매수인이 매도인에게 중도금 또는 잔금을 정해진 기한까지 이행하지 않으면 지급한 중도금 또는 잔금의 전부 내지 일부를 포기한다고 본다는 내용의 위약금 약정을 한 경우라도 매수인이 중도금 또는 잔금의 지급을 매도인의 반대의무보다 선이행한다는 약정 등 특별한 사정이 없는 이상 매도인으로서도 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 매수인에게 이행제공하여 매수인이 이행지체상태에 이르게 하여야 위약금 약정 효력이 발생한다고 하였다.

2) 위약벌의 경우

위약금청구의 요건으로서 채무자의 채무불이행을 요건으로 함은 위약금 약정이 손해배상액의 예정이든 위약벌의 정함이든 마찬가지이다. 위약벌은 의무위반행위에 대한 제재의 성질을 갖는 것이므로 손해배상액의 예정과 마찬가지로 채무자의 귀책사유가 필요하다고 보아야 할 것이다.³²⁾ 귀책사유가 없음에 대한 제재가 법리상 인정될 수 없을 뿐만 아니라, 위약벌제도는 채무자에게 특히나 불리한 제도이기 때문에 채무자 보호라는 관점에서 귀책사유를 필요로 함은 당연하다.

3) 검토

생각건대 위약금 약정의 청구는 채무불이행을 전제로 하는 것이므로 채무불이행의 요건인 귀책사유 또한 요구된다고 보아야 할 것이다.

우선 입법자의 의사를 살펴보고자 한다. 우리 민법 제398조의 제정 과정에서 귀책사유 요부에 관한 문제에 대해 특별히 논의한 바는 없다. 일본 민법에서는 제420조와 제421조에서 위약금에 관한 규정을 두고 있으며³³⁾ 우리 민법 제398조가 이를 좇고 있는데 일본 민법의 입법과정에서

32) 위약벌의 경우에는 위약, 즉 좁은 의미의 채무불이행의 성립을 요하므로 귀책사유가 있어야 위약금청구가 가능할 것이다. 따라서 다수설의 입장에서는 귀책사유에 관해 손해배상액의 예정과 위약벌을 다르게 보게 된다. 다수설에 의해서도 채무자가 채무불이행을 하는 데 있어 위법성이 없는 경우에는 채권자는 위약금을 청구할 수 없다. 이는 금전채무불이행의 경우도 마찬가지이다. 예를 들어, 매매계약에서 매수인이 매도인이 소유권을 이전해 주지 않아 대금의 지급을 거절하고 있는 경우, 지급기일이 경과한 경우라도 위약금을 지급할 의무가 없다. 지원림, “위약금에 관한 약간의 고찰-위약금의 법적 성질 및 위약벌의 감액을 중심으로-”, 인권과 정의 제430호, 2012.12, 29면; 양창수·김재형, 계약법 제2판, 박영사, 2015.

33) 그러나 우리 민법 제398조 제2항은 손해배상액의 예정에 대해 법원의 재량감액을 인

도 귀책사유 요부에 관한 논의는 없다.³⁴⁾ 또한 우리 민법 제398조 제1항에서는 채무불이행이라는 표현을 쓰고 있는데, 우리 민법은 단순한 객관적 급부장애에 대해서는 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니할 때”(민법 제 390조)와 같이 다른 표현을 사용하고 있다. 민법 제398조 제1항은 ‘채무불이행’이라는 표현을 사용하는 것을 미루어 볼 때, 본 조항에서 말하는 채무불이행은 귀책사유를 필요로 하는 것이라 할 수 있다.

다수설인 귀책사유불요설에서는 위약금 약정에 있어 당사자의 의사는 귀책사유를 포함한 일체의 분쟁을 피하려는 것에 있다고 주장한다. 물론 당사자가 특약에 의해 귀책사유에 관해 달리 약정한 바가 있다면 그에 따라야 할 것이다. 그러나 그러한 특약이 없는 경우까지 위약금 약정에 있어 당사자의 의사가 귀책사유의 요부를 배제한 것이라고 보는 것은 바람직하지 않으며 채무불이행책임의 원칙인 과실책임주의에도 반하는 것이라 생각된다. 위약금을 약정하는 당사자의 의사는 통상적으로 오직 채무불이행의 경우 배상해야 할 손해액의 범위에 관해 특약을 맺으려는 것이며 귀책사유의 유무를 불문하고 불이행시 예정액을 배상하기로 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 채무불이행의 요건이 갖추어진 경우에 한하여 이를 청구할 수 있다고 함이 타당하다.³⁵⁾ 손해배상액의 예정은 본질에 있어 손해배상이므로 손해배상의 일반적 요건을 변경하려면 특별한 근거가 필요하며,

정하고 있으며 일본 민법의 경우 이를 인정하지 않는 것에 차이가 있다.

34) 일본 민법 제420조의 입법과정에서 참고한 외국의 여러 법전학설에서도 이에 대한 논의가 없었던 것으로 보아 기초자는 손해배상액 예정을 통해 채무불이행의 일반적 요건을 수정할 의도를 가지지 않았다고 볼 수 있다. 奥田 昌道 (編集), 新版注釋民法(10) 第420~421條, 有斐閣, 1991, 687면 (能見善久 執筆). [최창열, 전계 논문, 143면에서 재인용].

35) 김증한·김학동, 전게서, 158면.

손해의 발생 및 그 액에 관해 법률관계의 간이화를 위해 일반 요건이 변경되었다고는 할 수 있지만 나머지 요건, 즉 위법성, 귀책사유, 인과관계 등의 요건이 변경되었다고 볼 근거는 없다.³⁶⁾

이상 검토해 본 바와 같이 입법자의 의사의 추정과 민법 제398조 제1항에서는 ‘채무불이행’이라는 용어를 사용하고 있다는 점, 위약금 약정에 있어 당사자의 의사가 귀책사유를 배제하는 것이라고 보기는 어렵다는 점, 그리고 손해배상액의 예정의 본질에 있어 청구요건으로 채무자의 귀책사유가 필요하다는 점을 미루어 볼 때 위약금 청구에 있어 당사자 간에 귀책사유에 관한 특약이 없는 한 채무자의 귀책사유는 위약금청구의 요건이 되며 채무자가 책임을 면하기 위해서는 그에게 귀책사유가 없음을 증명해야 할 것이다.

4. 손해 발생의 요부

1) 손해배상액의 예정의 경우

손해배상액의 예정의 청구요건으로 손해의 발생이 필요한지에 관하여는 손해발생필요설과 손해발생불필요설로 견해가 나뉘어 있다.

손해발생필요설³⁷⁾은 채무자가 그의 채무불이행으로 채권자에게 아무런 손해가 발생하지 아니하였음을 증명하면 위약금지급의무가 발생하지 않는다는 견해이다. 이에 대한 근거로 손해배상액의 예정은 ‘발생한 손해’에

36) 홍승면, 전계 논문, 130면.

37) 김형배, 전게서, 313면.

관한 제도이며 손해의 발생을 전제로 그 배상액을 정하는 것이고 손해배상에 관한 합의를 통해 손해배상에 있어 입증 곤란을 회피하기 위한 제도이므로 이는 배상의 방식을 특별히 정한 취지에 한정해야 한다는 것이다.

이에 반하여, 손해발생불필요설은 손해의 발생은 손해배상액의 예정의 청구요건이 아니며 채무자가 손해가 발생하지 않았음을 입증하더라도 예정된 배상액을 지급할 수 있다는 견해이다. 이것이 다수설이며 판례³⁸⁾의 태도이기도 하다. 다만 손해가 실제로 전혀 발생하지 않았다면 그러한 사정은 실손해가 예정액보다 적다는 사정과 마찬가지로 민법 제398조 제2항에서 정하고 있는 감액 여부를 판단할 때 고려되어야 할 것이다.³⁹⁾

2) 위약벌의 경우

위약벌은 채무불이행에 대한 사적인 제재로서, 제재금으로 의무위반만 있으면 청구할 수 있고 만일 채권자에게 손해가 있으면 이 손해는 별도로 배상하여야 하는 것이므로 위약벌의 청구는 손해의 발생 여부와는 관계가 없다. 판례에서도 “입찰보증금이 계약체결을 담보하는 동시에 계약체결 불이행에 대한 위약벌 또는 제재금의 성질을 가진 경우에는 채무불이행으

38) 대법원 1975.3.25. 선고 74다296 판결에서는 “채무불이행으로 인한 손해배상액의 예정이 있는 경우에는 채권자는 채무불이행의 사실만 증명하면 손해의 발생 및 그 액을 증명하지 아니하고 예정된 배상액을 청구할 수 있다.”라고 판시하고 있으며, 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결에서는 “채무자가 실제로 손해발생이 없거나 손해액이 예정액보다 적다는 것을 입증하더라도 채무자는 그 예정액의 지급을 면하거나 감액을 청구하지 못한다.”고 판시하며, 대법원 1991.1.11. 선고 90다8053 판결에서도 “채권자와 채무자 사이에 채무불이행을 원인으로 한 손해배상액을 예정한 경우에는 손해발생 및 손해액에 대한 입증은 필요하지 아니하고, 그 예정액이 과다하여 감액될 사정이 없는 한 채무불이행 사실만으로 채권자는 채무자에 대하여 손해배상 예정액의 지급할 것을 청구할 수 있다.”라고 판시하고 있다.

39) 박윤직 편집대표, 전게서, 670면 (양창수 집필부분).

로 인한 보증금의 귀속에 관하여 손해의 발생이 필요한 것이 아니며, 그와 같은 규정이 공서양속에 반하여 무효라고 할 수도 없다.”고 판시하고 있으므로 위약벌에서는 손해의 발생은 위약벌 청구 요건이 아니라 할 것이다.

3) 검토

생각건대, 예정된 배상액의 청구에 있어 손해의 발생은 요건이 되지 않는 것이 타당하다. 손해발생필요설에 따르면 손해배상액의 예정이란 본질적으로 손해배상의 방법이며 제재적 기능은 결여되어 있고, 비록 채무자에게 심리적으로 이행을 강제하는 기능이 인정된다 해도 그것은 사실적 기능에 지나지 않고 완전한 제재적 기능은 위약벌이 담당하기 때문에 손해가 발생하여야 예정된 배상액을 청구할 수 있다고 한다. 즉, 손해가 발생하지 않았음에도 배상액을 청구하는 것은 손해배상액의 예정의 제재적 성격을 부여하는 것으로 타당하지 않다는 것이다. 그러나 비록 위약금 약정이 손해배상액의 예정이라고 성질 결정이 되었다 하더라도 부차적으로는 채무자에 대한 이행강제의 기능도 영위한다고 보아야 하며 실제로 손해배상액의 예정은 어느 정도씩 위약벌의 기능을 겸비하고 있어 손해발생필요설의 주장은 타당하지 못하다 할 것이다.⁴⁰⁾

또한, 손해발생필요설에 따르면 극히 경미한 손해만이 발생한 경우에도

40) 박윤직 편집대표, 전게서, 670면 (양창수 집필부분); 또한 외국의 예들을 통해서 살펴본 결과 독일민법이나 스위스채무법상의 위약벌이 이행강제적 성격이 강하기 때문에 손해의 발생을 요하지 않는다고 볼 수도 있지만, 손해배상적 성격이 강하다고 하는 프랑스민법이나 일본민법에서도 반드시 손해의 발생을 요하지 않는다. 최창열, 전게논문, 153면.

예정된 배상액의 전부를 취득하게 되는데 전혀 손해가 발생하지 않은 경우에는 예정된 배상액을 청구할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다. 또 손해 발생을 증명하게 되면 결국 손해의 액도 증명하게 되는 것이 되어 위약금을 약정해 손해배상의 법률관계를 간이화하려는 취지가 훼손된다. 덧붙여 손해가 실제로 전혀 발생하지 않은 경우에는 우리 민법 제398조 제2항에서 정하고 있는 감액 여부를 판단할 때 고려가 될 것이기 때문에 예정된 배상액의 청구에 있어 손해 발생이 불필요함이 채무자에게 부당한 처사라 할 수 없다.

제 2 절 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별 및 판단 기준

I. 논의의 기초

위에서 살펴본 바처럼, 위약금은 손해배상의 예정과 위약벌로 구별하는 이분법적 구조에 입각하고 있다. 그 구별은 당사자의 의사 해석을 통해 판단할 수 있다. 손해배상액의 예정은 당사자들이 법률문제를 간편히 처리하기 위해 미리 손해배상액을 정해둔 것이고, 위약벌의 경우 계약 위반을 제재하고 이행을 간접적으로 강제하기 위해 정해둔 것이다. 그러므로

손해배상액의 예정은 배상적 기능을 가지고 있으며 위약벌은 제재적·예방적 기능을 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 이는 손해배상액의 예정과 위약벌의 전형적인 경우에 관한 것이며 실제 위약금 약정의 경우 두 유형의 성격이 혼재되어 있는 경우가 많다.⁴¹⁾

그러므로 문제는 양자를 구별하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 학설과 판례⁴²⁾는 위약금 약정이 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별된다는 점을 인정하고 있으나 양자 구별에 명확한 기준을 제시하고 있지는 못하다. 다만 우리 민법은 위약금을 손해배상액의 예정으로 추정하여 분쟁을 피하고 있고, 위약벌의 경우 명확하게 규율하고 있지 않아 손해배상액의 예정과 같은 비중으로 다루어지지 않는다. 그리하여 그 입증책임은 위약금이 위약벌이라는 사실을 주장하는 자가 부담한다. 결국 양자의 구별에 관해 법규정 자체로부터는 구체적 기준을 도출할 수 없다.

이하에서는 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 관한 학설과 그 동안의 판례 변화들을 살펴보고자 한다.

II. 학설과 판례

1. 학설

41) 김재형, “손해배상액의 예정에서 위약금 약정으로”, 비교사법 제21권 2호, 2013, 629면; 위에서 살펴본 바와 같이 학설 및 판례가 손해배상액의 예정은 손해진보 기능과 함께 이행강제 기능도 가지고 있다는 이원적 기능설을 택하고 있기 때문이다.

42) 대법원 1997.19.28. 선고 97다21932 판결; 대법원 1993.3.23. 선고 92다46905 판결.

위약금 약정은 모두 계약 위반을 염두하여 양 당사자간의 합의에 의해 이루어지므로 그 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 당사자의 의사 해석에 달려있다. 그러므로 위약금 약정의 주된 목적이 무엇인지에 따라 양자를 구별하는데 일반적으로 위약금 약정이 손해배상의 법률관계를 간편하게 처리하는데 중점을 두고 있다면 손해배상액의 예정이고, 채무자에게 이행에 나아가도록 압박을 가하기 위해 채무불이행에 대한 사적인 제재를 정한 것이라면 위약벌이라고 한다. 위약벌의 경우 계약 위반에 따른 벌금부과인 경우로 채무자가 채무불이행을 하면 채권자는 위약금 외에 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있고 손해배상액의 예정의 경우에는 손해배상으로서 위약금을 지급하면 족하다.⁴³⁾ 양자 구별에 있어 법원이 심리하여야 할 사항으로는 당사자의 의도, 예정액의 객관적 합리성, 위약금 약정의 유형적 특성 등을 들거나,⁴⁴⁾ 채권자와 채무자의 경제적 지위, 약정의 경위, 약정된 금액과 통상 예견되는 손해액과의 관계, 거래관행 등을 들고 있다.⁴⁵⁾

2. 판례

위약금에 관한 판례 -특히, 계약보증금에 관한 판례-를 살펴보면 2000년 전후를 기준으로 판례에 뚜렷한 변화가 생겼다 할 수 있다. 종전에는 계

43) 박윤직 편집대표, 전게서, 674면 (양창수 집필부분).

44) 최창열, 전게 논문, 127-130면.

45) 김창보, “채무자의 귀책사유로 매매계약이 해제되었을 때 채무자는 계약보증금을 채권자에게 귀속시키고 손해배상책임도 지기로 약정한 경우, 계약보증금 귀속의 약정을 위약벌이 아닌 일종의 손해배상액의 예정이라고 판시한 사례”, 대법원판례해설 제32호, 1999.10, 69면.

약보증금을 위약벌로 본 사례들이 많았으나, 2000년대 이후에는 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 보는 사례들이 많아졌다. 그러므로 이하에서는 2000년대 전후를 기준으로 하여 위약금에 관련된 판례를 살펴보고 검토해보고자 한다.⁴⁶⁾

1) 2000년대 이전 판례

(1) 대법원 1968.6.4. 선고 68다491 판결: 계약보증금을 위약벌로 판시한 사례

원고(서울특별시)가 피고(원호장학회)와 분노수거대행계약을 체결하면서 그 이행보증금으로 43만 원을 지급 받은 사안이다. 원심은 위 위약금 약정을 손해배상액의 예정으로 보고 1/2 감액하였으나 대법원은 “본건 분노수거대행계약에 의하여 예치한 보증금은 원심에서 인정한 바와 같이 손해배상액의 예정에 해당된다 할 수 없고, 피고의 계약 위반에 대한 위약벌 또는 제재금의 성질을 가진다고 해석되므로 이를 손해배상액의 예정으로 보아 감액한 것은 잘못”이라고 판시하였다.

(2) 대법원 1989.10.10. 선고 88다카25601 판결: 계약보증금을 위약벌로 판시한 사례

원고는 피고조합관(성산포수산업협동조합)내의 어촌계에서 생산되는 성

46) 위와 같은 구분의 기준은 김재형, 전게 논문, 631면 인용.

게 등을 그때 그때 인수하기로 하는 계속적 계약을 체결하고 계약체결과 동시에 계약금액의 10% 이상의 계약보증금을 납부한 사안이다.

대법원은 매매계약의 목적물이 성질상 매도인측에서 생산, 공급하는 전량을 매수인이 그때 그때 인수하지 않으면 안되는 물품이어서 매수인은 계약 기간 동안 매도인 측에서 생산하는 물품을 전량 인수하기로 하고 계약 체결과 동시에 계약금액의 10% 이상의 계약보증금을 납부하고 매수인이 정당한 이유 없이 인수를 거부하거나 지체할 때 또는 기일 내에 대금을 불입하지 않거나 계약의 각 조항을 위배할 때에는 매도인은 사전 권고나 통보 없이 일방적으로 해약할 수 있고 이 경우 보증금은 매도인에게 귀속하고 또 매수인이 계약을 이행하지 아니하였을 때에는 그 연대보증인이 채무이행은 물론 배상책임을 진다고 약정하였으며 매수인이 별도로 채무이행을 위하여 계약금액의 20% 이상의 현금이나 지급이행보증보험서를 제공하기로 약정했다면 이 계약에 있어서의 계약보증금은 단순히 매수인이 매도인에게 지게 될 물품대금채무 등을 담보한다거나 손해배상액의 예정으로 추정되는 위약금이라기보다는 매수인의 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하고 매수인이 위약하였을 때에는 이를 매도인의 소유로 귀속하게 하여 제재를 가하는 위약벌 또는 제재금의 성질을 가지는 것으로 봄이 타당하다고 판시하였다.

(3) 대법원 1991.4.26. 선고 90다6880 판결: 계약보증금을 위약벌로 판시한 사례

원고(대성산업주식회사)가 외국산 옥수수를 수입해 피고(한국사료협회)에게 공급하기로 한 계약으로 원고가 피고에게 계약금액의 10%에 해당하는 계약이행 보증금을 납부한 사안이다.

대법원은 “원고가 피고에게 제공한 이행보증금은 피고가 공급자에게 계약이행을 강제하기 위해 구매계약을 체결하는 경우 계약금액의 10%에 해당하는 계약이행 보증금의 제공을 요구하고 공급자는 피고가 요구하는 방법으로 이를 피고에게 제공하고 피고는 공급자가 계약을 이행하지 않는 경우 이를 몰수하고 계약이 이행된 경우 이를 공급자에게 반환하는 것으로서 위와 같은 계약 내용에 비추어 이 사건 이행보증금은 손해배상액의 예정이 아닌 공급자의 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하고 공급자가 위약을 하였을 때에는 이를 피고의 소유로 귀속되게 하는 위약금 또는 제재금의 성질을 가진다.”고 판시하였다.

(4) 대법원 1984.5.29. 선고 81누413 판결: 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

제철회사가 국내영세업자들에게 수출용원자재를 판매함에 있어서 일정 기간 내에 내국신용장 개설조건으로 기준가격의 15-20%에 상당한 금액을 계약보증금 목적으로 예치하게 한 사안에서, 위 계약보증금은 물품대

금의 일부가 아닌 위약금의 성격을 띠게 되고 위약금이나 손해배상 예정액일 뿐 물품대금의 일부라 볼 수 없다.

(5) 대법원 1995.12.12. 선고 95다28526 판결: 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

원고는 피고보조참가인과 신축공사도급계약을 체결함에 있어 도급계약체결당시 참가인은 공사이행의무를 보증하기 위해 도급금액의 10%에 해당하는 금액을 공사이행 보증금으로 원고에게 납부하기로 하되, 참가인의 귀책사유로 인해 계약이 해제될 때에는 위 공사이행 보증금은 원고에게 귀속되기로 하는 공사이행 보증금에 관한 약정을 한 사안이다.

대법원은 도급인인 원고와 수급인인 참가인 사이의 도급계약서에 의하면, 수급인의 귀책사유로 계약이 해제 또는 해지된 때에는 공사이행 보증금은 도급인에게 속한다고 규정되어 있을 뿐, 위 계약이행 보증금과는 별도로 실제 발생한 손해 전부에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다거나 또는 실제 발생한 손해와 이행보증금의 차액에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다는 내용의 약정이 없고, 수급인의 채무불이행으로 인하여 발생한 지체상금이 계약보증금 상당액에 달할 때에는 도급인은 특별한 사유가 없는 한 당해 계약을 해제하고 계약보증금을 도급인에게 귀속시키기로 약정하고 있음을 알 수 있으므로, 원고와 참가인이 위와 같은 내용의 공사이행 보증금에 관한 약정을 한 목적에는 수급인에게 심리적인 압박을 가하여 채무이행을 강제한다는 목적 외에 수급인의 계약 불이행으로 인하여

도급계약 관계를 청산하게 될 때를 대비하여 수급인이 도급인에게 배상하여야 할 손해액을 위 공사이행 보증금으로 예정함과 동시에 그 지급을 확보하기 위하여 계약 체결시에 공사이행 보증금을 미리 도급인에게 교부하게 한 데 있다고 할 것이므로, 원심이 위 이행보증금의 성질을 민법 제 398조 소정의 손해배상액의 예정으로 본 것은 정당하다고 판시하였다.

(6) 대법원 1989.7.25. 선고 88다카6273, 88다카6280(반소) 판결: 지체상금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

도급계약체결당시 공사의 완공이 예정기일보다 지연되는 경우 원고(건부건설주식회사)가 피고에게 지체일수 1일에 대해 총공사 계약금액의 1,000분의 3에 해당하는 지체상금을 지급하기로 하는 지체상금에 관해 약정한 사안이다.

대법원은 “건물신축의 도급계약은 그 건물의 준공이라는 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로서 그 지체상금에 관한 약정은 수급인이 이와 같은 일의 완성을 지체한데 대한 손해배상액의 예정을 한 것이라고 보아야 할 것이므로 수급인이 약정된 기간내에 그 일을 완성하여 도급인에게 인도하지 아니하는 한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 지체상금을 지급할 의무가 있게 되는 것이라고 보아야 할 것이고 이 사건의 경우에 있어서와 같이 약정된 기일 이전에 그 공사의 일부만을 완료한 후 공사가 중단된 상태에서 약정기일을 넘기고 그 후에 도급인이 계약을 해제함으로써 일을 완성하지 못한 것이라고 하여 지체상금에 관한 위 약정이 적용되지

아니한다고 할 수는 없을 것이다.”라고 판시하였다.

(7) 대법원 1996.4.26. 선고 95다11436 판결: 계약이행 보증금은 위약별로 지체상금은 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

원고가 피고(대한민국)와 쾌속후송선을 건조하기로 하는 도급계약을 체결하면서 지체 1일당 선박대금의 1000분의 1.5의 비율에 따른 지체상금을 약정하고 약정 기일보다 늦게 인도한 사안이다. 원심에서는 지체상금을 손해배상액의 예정으로 보고 예정된 손해배상액이 부당히 과다하다고 판단하여 민법 제 398조 제2항에 의해 감액하였다.

대법원은 “도급계약에 있어 계약이행 보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약이행 보증금은 위약벌 또는 제재금의 성질을 가지고, 지체상금은 손해배상의 예정으로 봄이 상당하다고 할 것이다.”라고 판시하였다.⁴⁷⁾

(8) 대법원 1997.10.28. 선고 97다21932 판결: 계약이행 보증금은 위약별로 지체상금은 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

공사도급계약을 체결하면서 지체일수 1일당 공사대금의 1000분의 3을 지체상금으로 지급하기로 약정하였는데, 피고가 공사를 지체하자 원고가 계약을 해지하고 직접 공사를 완공한 다음 지체상금을 청구한 사안이다.

47)대법원 1989.10.10. 선고 88다카25601 판결; 대법원 1989.7.25. 선고 88다카6273, 88다카6280 판결; 대법원 1994.9.30. 선고 94다32986 판결 등 참조

대법원은 “도급계약에 있어 계약이행 보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약이행 보증금은 위약벌 또는 제재금의 성질을 가지고, 지체상금은 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다고 할 것이다. 원심이 적법히 확정한 바와 같이 원고와 피고 사이의 이 사건 도급계약에 의하면 계약이행 보증금 약정과는 별도로 지체상금의 약정이 있음을 알 수 있으므로 계약이행 보증금은 위약벌로서의 성질을 가지는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 원심이 이 사건 도급계약상의 계약이행 보증금과는 별도로 지체상금을 산정하여 피고로 하여금 그 배상을 명하였음은 원·피고 간에 약정된 계약이행 보증금을 손해배상액의 예정으로 보지 아니한 것으로 정당하다.”고 판시하였다.

2) 2000년대 이후 판례

(1) 대법원 2000.12.8. 선고 2000다35771 판결: 계약보증금 외 지체상금도 규정되어있다는 점만을 이유로 계약보증금을 위약벌로 보기는 어렵다고 판시한 사례

원고(대한보증보험)와 피고(상원기계공업)는 피고가 소외 삼성중공업과 공사도급계약을 체결하면서 피고의 계약불이행으로 인해 원고가 삼성중공업에 계약보증금(총 공사금액의 20%)과 선금금지급보증 및 계약보증금지급보증보험 가입금액 범위 내에서 손해금액을 대위변제하는 경우 대위변제일 다음날로부터 30일까지는 지급보험금에 대하여 연 1할 4푼, 그 다음날부터 완제일까지는 시중은행의 일반대출 연체이율 중 최고의 연체이율

범위 내에서 원고가 정하는 연 1할 8푼의 비율에 의한 지체상금을 지급하기로 하는 약정을 하였는데 피고 회사로부터 정상적인 작업이 진행되지 않고 공사의 진행을 사실상 중단하자 삼성중공업이 피고 회사에 대해 계약해제를 통보한 뒤 원고에 대해 피고가 제출한 위 각 보증보험증권에 따른 선급금 및 계약보증금의 지급을 요청하였고 원고는 위 선급금 중 부가가치세를 공제한 금액 및 계약보증금을 삼성중공업에 지급하였다.

대법원은 “도급계약서 및 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인의 귀책사유로 인하여 계약이 해제된 경우에는 계약보증금이 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 계약보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는 바, 당사자 사이의 도급계약서에 계약보증금 외에 지체상금도 규정되어 있다는 점만을 이유로 하여 계약보증금을 위약벌로 보기는 어렵다.”고 판시하였다.⁴⁸⁾

(2) 대법원 2001.9.28. 선고 2001다14689 판결: 하자보수보증금을 손해배상액의 예정이라 판시한 사례

원고(영진건설산업주식회사)와 피고(대한주택공사) 사이에 아파트 건축

48) 이후 같은 취지의 판결로 대법원 2001.1.19. 선고 2000다42632 판결; 대법원 2005.11.10. 선고 2004다40597 판결; 대법원 2009.12.10. 선고 2007다1992 판결; 대법원 2010.6.24. 선고 2007다63997 판결이 있다.

공사에 대한 공사도급계약을 체결하며 수급인인 원고가 하자담보책임 기간 중 도급인인 피고로부터 하자보수를 요구받고 이에 불응할 경우 하자보수보증금을 도급인에게 귀속한다는 약정을 하였고 이 사건 공사에 따른 하자담보책임 기간 내에 하자가 발생하여 피고가 원고에게 하자보수를 요청하였으나 원고가 이에 불응하였고 후에 하자보수보증금 중 실제하자보수에 사용된 비용을 제외한 잔액의 반환을 요구한 사안이다.

대법원은 “도급계약서 및 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간 중 도급인으로부터 하자보수 요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하며, 도급계약의 내용으로 되어 있는 공사계약일반조건에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 하자보수보증금이 도급인에게 귀속한다고만 규정되어 있을 뿐 이와 별도로 도급인이 입은 손해에 대하여는 따로 이 배상하여야 한다는 취지의 규정이 있지도 아니하고, 오히려 도급계약상 도급인이 하자보수를 위하여 실제로 지출한 비용이 수급인이 예치한 하자보수보증금을 초과하더라도 그 이상의 책임을 수급인에게 물을 수 없다면, 위 하자보수보증금의 귀속규정은 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 그 보증금의 몰취로 손해의 배상에 같음한다는 취지로서, 하자보수보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진다고 본다.”

고 판시하였다.

(3) 대법원 2004.12.10. 선고 2002다73852 판결: 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

원고(현대산업개발주식회사)가 피고(대한주택공사)와 이 사건 대지 및 건물을 매수하기로 하는 매매계약을 체결하고 원고가 매매대금을 지급기일까지 지급하지 아니할 경우 피고는 이 사건을 해제할 수 있고 그 경우 원고는 피고에게 위 매매대금의 10%에 해당하는 금원을 위약금으로 지급하기로 하는 약정을 한 사안이다.

대법원은 “국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 ‘국가계약법’이라 함)의 규정은 국가와 사인 간의 계약관계에서 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무 처리에 관한 필요한 사항을 정한 국가의 내부규정에 불과할 뿐만 아니라 국가계약법이 적용되는 계약도 그 본질은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사법의 규정 내지 법 원리가 그대로 적용된다고 할 것이므로⁴⁹⁾, 매매계약에 의하여 지급된 계약금에 관하여 위약금 약정이 있어 그 계약금이 국가계약법 제12조가 규정한 계약보증금의 성질을 갖는다고 하더라도, 당연히 위약벌의 성질을 갖는 것은 아니라 할 것이다. 한편, 채무불이행에 대한 위약금 약정은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정된다고 할 것이므로, 이를 위약벌로 해석하기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증

49) 위 대법원 1996.4.26. 선고 95다11436 판결 참조.

되어야 할 것이다.”라고 판시하였다.

(4) 대법원 2002.7.12. 선고 2000다17810 판결: 특수한 손해배상액의 예정을 판시한 사례

원고(양산시)와 피고(삼립종합건설)는 아파트건축에 관한 도급계약을 체결하였고 피고는 원고에게 위 도급계약에 있어 창조건설과 연대하여 계약상 의무를 이행할 것을 보증하였다. 그러나 아파트 완공 7개월 후 하자가 발생하였고 창조건설은 원고에게 하자보수 보증서를 발급받아 교부하였고 그 보수 문제를 두고 협의하던 중 도산하였으며 피고는 창조건설의 하자보수의무까지 보증한 것이 아니고 아파트를 인도한 이상 피고의 계약상 의무이행은 완료되어 하자에 대한 책임이 없다고 주장한 사안이다.

원심은 피고는 창조건설의 계약상 의무에 대한 연대보증인으로 창조건설과 동일한 책임을 부담한다 할 것이며 창조건설이 원고에게 지급한 하자보수 보증금은 손해액에서 공제되어야 할 것이라는 주장에 대해 위 보증금은 원고에게 위약벌 내지 제재금으로서 귀속된 것으로 보아 피고가 배상해야 할 손해액에서 공제할 없다는 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

이에 대해 대법원은 “공사도급계약서 또는 그 계약내용에 편입된 약관에 수급인이 하자담보책임 기간 중 도급인으로부터 하자보수요구를 받고 이에 불응한 경우 하자보수보증금은 도급인에게 귀속한다는 조항이 있을 때 이 하자보수보증금은 특별한 사정이 없는 한 손해배상액의 예정으로 볼 것이고, 다만 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과

하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을 구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 그 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 특수한 손해배상액의 예정으로 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

(5) 대법원 2016.7.14. 선고 2012다65973 판결: 양해각서에서 이행보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례

원고(한화케미칼)⁵⁰⁾는 피고(한국산업은행 외 1인)와 피고가 보유하고 있는 대우조선해양(주)(이하 대상회사)의 인수를 위한 대상회사 발행의 주식 매매와 관련하여 양해각서를 체결하였고 이행보증금을 지급하였다. 피고 은행은 최종계약 초안을 제공하였고, 한화컨소시엄은 대금의 분할균등 지급과 확인실사 관련 등 내용을 추가 반영하여 줄 것을 요청하였는데, 피고 은행은 최종계약체결일에 계약이 체결되지 않자, 원고에게 양해각서의 해제를 유보할 것이니, 자체자금 조달계획을 서면으로 제출하라고 하였고, 한화컨소시엄은 대금 중 약 3.8조 원은 자산매각 등을 통하여 자체조달하고, 나머지 2.5조 원은 5년이 경과한 이후 일시 매수하겠다는 내용의 자금조달계획안을 전달하였다. 피고 은행은 원고에게 위 안은 양해각서의 내용에 위반될 뿐만 아니라 본입찰제안 당시 계획안과 현저한 차이가 있으

50) 피고들은 보유 중인 대우조선해양 발행 주식 총수의 50.37%에 해당하는 96,392,428주(이 사건 주식)를 공동 매각하기 위한 절차를 진행하였고 원고는 ㈜한화 등과 ‘한화컨소시엄’을 구성하여 2008년 8월 27일 인수의향서를 제출하고 본입찰적격자로 선정되어 2008년 9월 19일 본입찰안내서와 양해각서 초안을 교부 받았으며, 2008년 9월 16일부터 2008년 10월 6일까지 예비심사에 참여하였다.

므로, 인수대금을 충당할 수 있는 조달계획안을 촉구하였으나, 원고는 자금조달계획안을 다시 검토하여 달라는 취지로 답변하였다. 피고는 원고에게 한화컨소시엄의 귀책사유로 인하여 최종계약이 체결되지 못하였음을 이유로 양해각서를 해제하고, 이행보증금 및 이에 대한 이자를 위약벌로 몰취한다고 통지하였다.

원심은 위 위약금 약정을 위약벌로 해석하였으나 대법원은 “위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로, 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 하며, 계약을 체결할 당시 위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단하여야 하며, 기업인수를 위한 주식 매매와 관련하여 원고 주식회사와 피고 은행이 양해각서를 체결하면서 ‘매수인들의 책임 있는 사유로 양해각서가 해제되는 경우 매수인들이 기납부한 이행보증금 및 그 발생이자’는 위약벌로 매도인들에게 귀속된다’는 조항을 둔 사안에서, 위 조항을 양해각서의 다른 조항들과 함께 살펴보면 매수인들의 귀책사유로 양해각서가 해제됨으로써 발생하게 될 모든 금전적인 문제를 오로지 이행보증금의 몰취로 해결하고

기타의 손해배상이나 원상회복청구는 명시적으로 배제하여 매도인들에게 손해가 발생하더라도 매도인들은 이에 대한 손해배상청구를 할 수 없도록 한 것인 점, 당사자들이 진정으로 의도하였던 바는 이행보증금을 통하여 최종계약 체결을 강제하는 한편 향후 발생할 수 있는 손해배상의 문제도 함께 해결하고자 하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 이행보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진다.”고 하여 원심을 파기하였다.

(6) 대법원 2002.4.23. 선고 2000다56976 판결: 차액보증금을 위약벌로 판시한 사례

주식회사 태화건설은 도로확장 및 포장공사를 낙찰 받아 원고(대한민국)와 도급계약을 체결하였으며 시설공사계약의 일반조건에는 원고가 정한 예정가격의 100분의 85미만의 낙찰자는 예정가격과 낙찰금액과의 차액을 현금으로 계약보증금과 함께 차액보증금으로 납부하여야 하되, 차액보증금을 보증서 등으로 납부하고 하는 경우에는 그 차액의 2배를 납부하여야 하고 계약을 이행하지 아니할 때는 계약보증금과 차액보증금을 국고에 귀속하도록 정하고 있었다. 이에 태화건설은 예정가격과 낙찰가격의 차액의 2배에 해당하는 금액을 보증금액으로 하는 차액보증서를 피고(건설공제조합)로부터 발급받아 원고에게 교부하였으며 위 차액보증서에 첨부된 약관에는 피고는 태화건설이 위 시설공사계약상의 의무를 보증기간 내에 이행하지 아니함으로써 원고에게 부담하는 채무를 보증하되, 피고가 보증하는 금액은 보증서에 기재된 보증금액을 한도로 하여 원고가 몰수 또는 귀속시켜야 할 금액으로 한다고 규정되어 있었다. 태화건설은 위 시설공사를

시행하던 중 부도로 인해 공사포기각서를 제출하였고 원고는 공사계약을 해지하였다.

원심은 원고와 태화건설 사이의 차액보증금에 관한 약정이 손해배상액의 예정이라고 판단하였으나 대법원은 예산회계법(1995. 1. 5. 법률 제 4868호로 국가계약법의 제정으로 개정되기 전의 것) 제93조, 동시행령(1995. 7. 6. 대통령령 제 14710호로 국가계약법시행령의 제정으로 개정되기 전의 것) 제123조에 의한 차액보증금은 최저가낙찰제를 시행함에 있어 지나친 저가입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약내용대로 계약을 이행할 것을 담보하기 위한 것이고, 기록에 의하면, 수급자인 태화건설은 원고와 사이에 이 사건 시설공사계약을 체결하면서 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 계약보증금과 별도로 차액보증금을 미리 원고에게 납부하도록 하였고, 태화건설이 도급계약상의 의무를 이행하지 아니할 때에는 손해의 발생 여부와 그 손해액의 정도를 불문하고 이를 원고에게 귀속시키도록 약정하고 있으며, 차액보증금의 액수가 현금으로 납부할 때와 그렇지 아니하고 피고 등이 발행한 보증서로 납부할 때에 2배의 차이를 두고 있는 것으로 보아 차액보증금의 액수를 수급자인 태화건설의 계약불이행으로 인한 예상 손해액과 맞추려고 하였던 것도 아니고 이 사건 시설공사계약일반조건 제15조에 의하면, 태화건설이 준공기한 내에 공사를 완성하지 아니한 때에는 이행지체에 대한 지체상금 약정이 별도로 있는 사실을 알 수 있다고 하였다.

이러한 사정들과 아울러 국가를 당사자로 하는 계약에 있어서 차액보증금제도를 둔 취지에 비추어 보면, 이 사건 차액보증금에 관한 약정은 수급자인 태화건설이 시설공사계약을 위반할 경우에 그 차액보증금을 원고

에게 귀속시킴으로써 제재를 가함과 동시에 계약이행을 간접적으로 강제하는 작용을 하는 위약벌로서의 성질을 가진 것으로 봄이 상당하다고 판시하였다.

(7) 대법원 2016.7.14. 선고 2013다82944, 82951판결: 가산금을 위약벌로 판시한 사례

원고(연합정밀 주식회사)와 피고(대한민국)는 “계약 상대방은...(중략)... 허위 증빙자료를 제출할 때에는 방위사업청은 적정하다고 판단한 부당이득금과 그 상당의 가산금을 환수할 수 있다.”라고 규정한 계약특수조건이 편입된 총 43건의 물품공급계약을 체결한 후 원고가 피고에게 물품을 공급하고 그 대금을 지급받았는데 그 중 38건의 계약에서 허위의 원가계산자료를 제출하여 정당한 원가계산자료를 제출할 의무를 위반하였으므로 계약특수조건에 따라 부당이득금과 그 상당의 가산금을 청구하였으나 원고는 계약특수조건에서 정한 채무를 부담하지 않는다고 주장하며 채무의 부존재 확인을 구하였고 피고는 반소로 부당이득금과 그에 상당하는 가산금 및 지연손해금의 지급을 구한 사안이다.

대법원은 이에 대해 “이 사건 계약특수조건에서의 가산금은 손해배상액의 예정이 아니라 위약벌의 성격을 가지는 것으로 보아야 한다.”라고 판시하며 그 이유로 이 사건 계약특수조건의 근거가 되는 방위사업법 제58조의 내용은 1998. 12. 31. 신설된 구 「방위산업에 관한 특별조치법」(2006. 1. 2. 법률 제 7845호로 폐지된 것) 제22조의2 제1항에서 그대로 이

어저 온 것인데, 1998. 12. 31. 위 규정을 신설한 법률개정안의 입법 취지가 ‘부당이득금과 이자 이외에 범칙금적 성격의 가산금을 환수할 수 있도록 근거규정을 두려는 것’이라고 명시되어 있다. 이는 방산물자를 적정한 가격에 계약함으로써 국방예산을 효율적으로 집행하고 방위산업체의 허위의 자료 제출을 예방하기 위하여 허위의 원가계산자료를 제출한 방위산업체를 상대로 부당이득금과 이에 대한 이자 또는 지연손해금뿐만 아니라 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 하는 것으로써, 이 사건 계약특수조건에도 그대로 반영된 것이다. 또한 이 사건 계약특수조건에서의 ‘부당이득금’은 그 자체로 계약상대자가 배상할 손해배상액을 의미하는 것인데 그와 병행하여 같은 금액의 가산금을 추가로 청구할 수 있도록 되어 있고, 계약상대자인 방위산업체가 허위 기타 부정한 자료를 제출한 경우 ‘부당이득금’에 더하여 그에 상당하는 가산금도 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 위 가산금을 손해배상예정액으로 보게 되면 순수 손해액인 부당이득금에다 가산금까지 이중의 배상을 하는 결과가 된다.

따라서 법원은 이 사건 계약특수조건에 규정된 가산금은, 방위산업체가 이 사건 계약특수조건에 규정된 귀책사유가 있는 행위를 한 경우 대한민국이 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 함으로써 정당한 원가계산자료를 제출하도록 강제하는 위약벌의 성격을 가진다고 보아야 한다고 판시하였다.

(8) 대법원 2013.4.11. 선고 2011다112032 판결: 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 판시한 사례

피고는 피고의 신청에 따라 계약종별을 일반용 전력으로 하여 원고와 전기공급계약을 체결하고 그 요금으로 전기를 공급받았는데, 전기공급에 관한 원고의 기본공급 약관 제65조⁵¹⁾를 위반하여 주택용으로 전기를 사용하였음을 이유로 위약금을 청구한 사안이다. 원심은 위 약관 제44조⁵²⁾ 및 그 시행세칙 제29조⁵³⁾와 원고의 내부규정인 요금업무처리지침에 근거하여, 실제 납부한 요금과 약관에 따라 계산한 요금의 차액(면탈금액), 동액 상당의 추정금, 면탈금액에 대한 부가가치세 및 관련 법령에 따라 산정한 전력기금을 합산한 금액을 위약금으로 지급할 의무가 있다고 하고 위 위약금을 손해배상액의 예정에 해당한다고 판단하였다. 그러나 대법원은 “다수의 전기수용가와 사이에 체결되는 전기공급계약에 적용되는 약관 등에, 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 그로 인한 전기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 위약금을 부과한다고 되어 있지만, 그와 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고

51) 제65조 (2 이상의 계약종별이 있을 경우의 계약종별 적용)

전기사용장소에 2이상의 계약종별을 적용할 수 있을 경우에는 제18조의2 [전기사용계약단위]에 따라 각각의 설비를 분리하여 전기사용계약을 체결합니다. 다만, 전체에 대하여 1개의 전기사용계약을 체결하는 경우에는 다음 표에서 정한 “다”란의 1계약종별을 적용합니다.(서울서부지방법원 2011.11.11. 선고 2011나6612 판결 사용료 참조)

52) 제44조 (위약금)

① 고객이 이 약관을 위배하여 요금의 일부나 전부가 정당하게 계산되지 않았을 경우 한전은 정당하게 계산되지 않은 금액의 3배를 한도로 위약금을 받습니다.

53) 제29조 (위약금)

① 약관 제44조(위약금) 제1항의 “요금의 일부나 전부가 정당하게 계산되지 않은 금액”은 다음과 같이 계산한다.

3. 원고와 계약한 계약종별 이외의 계약종별에 해당하는 용도로 전기를 사용한 경우 : 실제 해당하는 계약종별을 기준으로 계산한 요금상당액과 기존계약에 따라 계산한 요금간의 차액.

면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산하도록 되어 있는 등의 사정이 있는 경우, 위 약관에 의한 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가지는 것으로 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

3. 관례에 대한 검토

1) 2000년대 이전 관례에 대한 검토

위에서 살펴본 바와 같이 2000년대 이전 관례에서는 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 보는 사례도 있었으나 위약벌로 본 사례들이 많았다. 특히 (1)~(3)판례와 같은 계속적 계약 및 매매계약의 보증금의 경우 모두 위약벌로 보았다. 대법원은 위 사안들에서 위약금을 위약벌로 보아 채무자의 계약불이행의 경우 손해의 발생이 크다는 점과 그만큼 이행강제의 필요성이 크다는 점을 중점적으로 고려한 듯이 보인다.⁵⁴⁾

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 우리의 통설과 판례는 손해배상액의 예정의 이원적 기능설을 따라 손해배상액의 예정이 손해전보 기능 뿐만 아니라 이행강제 기능도 인정하고 있으므로 이행강제의 필요성이 크다는 점은 위 계약보증금을 위약벌로 볼 근거가 되지 못한다. 채무자의 계약불이행의 경우 손해가 클 것으로 예정되는 계약이라면 계약체결에 있어서 손해배상액의 예정을 그에 합당하게 합의하는 것이 옳을 것이다. 위 사안의 위약금 약정을 이와 같은 이유로 위약벌로 본다면 별도의 손해배상청구가

54) 홍승면, 전제 논문, 139면; 해산물 거래에서의 계약보증금, 외국산 옥수수 공급에 관한 계약보증금 등 이행이 되지 않는 경우 채권자가 입는 막대한 손해의 가능성으로 인해 계약 이행강제의 필요성이 크다고 볼 수 있는 계약의 경우 위약벌로 볼 가능성이 크다고 본 것으로 보인다.

가능해져 채무자에게는 부당히 과다한 손해배상을 부담할 위험이 따를 것이다. 또한 위 사안에서는 모두 위약금 외에 별도의 손해배상청구를 할 수 있다는 내용의 약정이 없을뿐더러 별도의 손해배상을 청구하고 있지도 않고 있다는 점을 고려해야 할 것이다.

위 (5)~(8)의 판례는 도급계약에서 위약금으로 정한 계약이행 보증금 및 지체상금의 성질에 대해 판단한 사안이다. (5)번 판례(대법원 1995.12.12. 선고 95다28526 판결)에서는 계약이행 보증금에 관해 손해배상액의 예정으로 판시하였으나 그 외 사안 ((7),(8) 판례)에서는 도급계약에 있어 계약이행 보증금과 지체상금이 약정이 있는 경우에는 계약이행 보증금은 위약별로 지체상금은 손해배상액의 예정으로 보아야 할 것이라 판단하였다. 먼저 계약이행 보증금과 지체상금이 약정되어 있는 경우 계약이행 보증금은 위약별로 지체상금은 손해배상액의 예정으로 본 첫 번째 판결인 (7)번 판례(대법원 1996.4.26. 선고 95다11436 판결)에 대해 살펴본다. 위 사안은 채무자가 이행지체 끝에 선박건조를 완공하여 인도하였고 계약이행 보증금은 몰취되지 않았으며 지체상금에 대한 성질과 그 액수가 과다하다 판단하여 민법 제398조 제2항에 따라 감액한 사안이다. 또한 이 사안에서 계약이행 보증금은 위약별로 지체상금은 위약별로 판단함에 있어 인용한 판례는 위에서 살펴본 (3)번 판례(대법원 2004.12.10. 선고 2002다73852 판결)와 (6)번 판례(대법원 1989.7.25. 선고 88다카6273, 6280 판결)이다. 그러나 (3)번 판례는 계속적 계약이라는 점 및 목적물의 특성을 고려해 계약이행 보증금을 위약별로 판단한 것이지 지체상금약정이 있다 하여 계약이행 보증금을 판단한 것이 아니므로 적절한 인용이라 할 수 없다. 대법원의 위와 같은 판단이 지체상금을 손해배상액의 예정으로 볼 경우, 지체

상금은 위약벌로 보아야 한다는 논리라면 이는 둘을 손해배상액의 예정이라 볼 경우 양자 사이에 충돌이 일어날 수 있음을 염두한 듯 하다. 그러나 그러한 논리에서는 손해배상액의 예정의 형태가 다양할 수 있음을 고려해야 할 것이다.⁵⁵⁾

다음 (8)번 판례(대법원 1997.10.28. 선고 97다21932 판결)를 살펴보면, 이 사건 원심판결⁵⁶⁾에서 원고는 계약이행 보증금을 위약벌이라고 주장하지 않았고, 계약이행 보증금과 지체상금 양쪽을 받을 수 있다고 생각하지 않아 처음부터 지체상금에서 이행보증금을 공제한 금액만을 청구하였다.⁵⁷⁾ 그런데도 대법원이 “원심이 이 사건 도급계약상의 계약이행 보증금과는 별도로 지체상금을 산정하여 피고로 하여금 그 배상을 명하였음은 원고와 피고간에 약정된 계약이행 보증금을 손해배상액의 예정으로 보지 아니한 것으로 정당하다.”라고 판시한 것은 원심판결을 오해한 것으로 보인다. 이는 위에서와 같이 지체상금이 손해배상액의 예정이라고 판단하는 과정에서 그렇다면 계약이행 보증금은 위약벌로 보아야 할 것이라는 논리에서 비롯된 것이라 볼 수 있다.

2) 2000년대 이후 판례에 대한 검토

(1)번 판례인 대법원 2000.12.8. 선고 2000다35771 판결은 위약금으로서 계약보증금성질의 변화를 보여주는 대표적인 예이다. 종전의 판례에서는

55) 김기현, “계약이행보증금과 지체상금의 관계”, 건축관련판례 50선, 대구판례연구회, 320면; 홍승면, 전계 논문, 153면; 이에 대해 당사자 통상의 의사, 합리적 의사, 거래관행 등과 실질적으로 부합되는 해석론인지에 관하여 의문이 제기되어 왔었으며, 이에 따라, 그러한 판례와 반대 취지의 판례도 함께 나타나고 있었다.

56) 서울고등법원 1996.1.19. 선고 94나29401 판결.

57) 홍승면, 전계 논문, 153면.

계약보증금과 지체상금에 관한 약정이 있는 경우 계약보증금을 위약벌로 보았으며 이와 반대되는 취지의 판례도 함께 나타났었으나 (1)번 판례에서는 “계약이행 보증금이 손해배상액이 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사 해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다.”라고 판시하여 종전 판례의 다소 명확하지 않았던 판단 방법을 명확히 하였다는 점과 손해의 유형에 따라 다양한 손해배상액의 예정을 할 수 있다는 점을 고려함에 있어서 의미가 있다.

위 판례에서 실시한 바와 같이 당사자들 사이의 도급계약서에 계약이행 보증금 외에 지체상금이 규정되어 있다는 이유로 계약이행 보증금을 위약벌로 보는 것, 즉 지체상금 약정의 존재 여부에 따라 계약이행 보증금의 성격을 달리할 여부가 없다는 것은 타당하다. 이후에도 (2)번 판례(대법원 2001.9.28. 선고 2001다14689 판결⁵⁸⁾)와 (3)번 판례(대법원 2004.12.10. 선고 2002다73852 판결)에서는 위 판결을 인용한 다음 각각 하자보수보증금과 계약보증금을 손해배상액의 예정으로 판단하였다.

(4)번 판례(대법원 2002.7.12. 선고 2000다17810 판결)에서 대법원은 하자보수보증금을 손해배상액의 예정으로 보면서도 하자보수보증금의 특성상 실손해가 하자보수보증금을 초과하는 경우에는 그 초과액의 손해배상을

58) 도급계약의 내용으로 되어 있는 공사계약 일반조건에 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 하자보수보증금이 도급인에게 귀속한다고만 규정되어 있을 뿐 이와 별도로 도급인이 입은 손해에 대하여 따로 배상하여야 한다는 취지의 규정이 있지도 아니하고, 오히려 도급계약상 도급인이 하자보수를 위하여 실제로 지출한 비용이 수급인이 예치한 하자보수보증금을 초과하더라도 그 이상의 책임을 수급인에게 물을 수 없다면, 위 하자보수보증금의 귀속 규정은 수급인이 하자보수의무를 이행하지 아니하는 경우 그 보증금의 몰취로 손해의 배상에 갈음한다는 취지로서, 하자보수보증금은 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가진다고 본다.

구할 수 있다는 명시 규정이 없다고 하더라도 도급인은 수급인의 하자보수의무 불이행을 이유로 하자보수보증금이 몰취 외에 실손해액을 입증하여 수급인으로부터 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수도 있는 ‘특수한 손해배상액의 예정’에 해당하는 것으로 판시하였다. 이는 손해배상액의 예정의 경우 실손해가 예정액을 초과하더라도 초과 부분을 청구할 수 없다는 원칙⁵⁹⁾에 어긋나는 것이다. 물론 손해배상액의 예정이라 하여도 초과손해의 배상에 대한 특약이 있으면 그에 따를 것이나 위 사안에서는 초과손해의 배상에 대한 특약도 존재하지 않았다. 이처럼 본래의 손해배상액의 예정의 원칙에 반하여 약정되지 않은 초과손해배상을 인정할 수 있는 하자보수보증금의 특성이란 무엇인지 살펴본다. 일반적인 채무이행의 경우와 달리 하자보수의무는 여러 특성을 가지고 있다. 우선 의무의 발생여부가 장기간의 하자보수기간을 지나면서 지켜보아야 하고 따라서 보수에 드는 비용이나 하자로 인한 손해를 미리 예측하기가 어려우며 본 계약은 이미 끝난 상태에서 마무리 역할을 하는 특수한 계약이라는 점 등을 지적할 수 있다. 그러나 하자보수보증금의 특성을 반영하여 도급인의 초과손해배상의 청구 또는 수급인의 추가손해배상책임을 인정하고자 하는 실제적 필요성은 인정된다 할지라도 이를 위하여 ‘특수한 손해배상액의 예정’이라는 모호한 개념을 사용하는 것이 법이론적으로 타당한 것인지는 의문이 남는다.⁶⁰⁾

(5)번 판례(대법원 2016.7.14. 선고 2012다65973 판결)는 양해각서에서 이행보증금을 손해배상액의 예정으로 판시한 사례이다. 이 사건에서 대법원

59) 대법원 1979.12.23. 선고 70다1756 판결; 대법원 2008.11.13. 선고 2008다46906 판결 등.

60) 김동훈, 하자보수보증금의 성질, 법률신문 제3198호, 2003.8.

은 양해각서에서 이행보증금 및 그 발생이자는 위약별로 매도인들에게 귀속된다고 규정하고 있음에도 불구하고, 대법원은 원심에서와 달리 이행보증금을 손해배상액의 예정으로 보고 있는 바, “이 사건 위약금이 위약별로 해석되기 위하여 주장·증명되어야 할 특별한 사정”이 입증되지 않았다고 판단하였다. 또한 이 판결에서는 ‘채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부’를 위약금의 성질을 판단하는 주된 기준으로 보고 있다. 덧붙여 대법원은 이 사건 이행보증금 약정을 손해배상액의 예정이라고 판단한 근거로 “원고 측으로는 대상회사의 재무상태 등에 대한 정보를 제대로 인식, 이해하지 못한 상황에서 양해각서를 체결한 것으로 보인다는 점, 양해각서 초안에도 이행보증금을 위약별로 몰취하는 조항이 포함되어 있었으나, 본입찰안내서에 양해각서 초안에 수정제안이 있을 경우 수정요청서를 제출할 수 있지만 피고들이 수용하기 어려운 내용을 제시하는 경우 선정 대상에서 제외될 수 있다는 내용이 기재되어 있는 상황이었으므로, 우선 협상대상자로 선정되기를 원하는 원고 측으로는 위약별 몰취 조항에 대하여 별다른 이의를 할 수 있는 상황이 아니었던 점”을 고려한 것으로 보인다.⁶¹⁾ 생각건대 위약금 약정으로서의 위약별은 존중되어야 할 것이지만 계약 당사자간의 동등한 지위와 계약 관련 정보가 평등하지 않은 채 이루어진 계약이라면 위약별이라 명시하였더라도 위 양해각서에서의 이행보증금을 손해배상액의 예정

61) 채동현, “손해배상액의 예정과 위약별의 구분 기준 및 관련 쟁점에 대한 검토”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 59(1), 2018, 389면; 또한 양해각서 초안에는 대상회사에 대한 확인실사 및 가격조정 완료 후 최종계약을 체결하는 것으로 예정되어 있었다가, 협의 과정에서 피고 은행의 요구로 양해각서에 확인실사 실시와 상관없이 최종계약을 체결하기로 하는 조항이 삽입되어 거래구조가 변경되었음에도 불구하고, 종전의 거래 조건을 전제로 하였던 매도인 면책규정 등 매수인에게 불리한 규정들이 이 사건 양해각서에 포함되게 되었다는 점을 들고 있다.

으로 판단함이 타당하다고 본다.

(6)번 판례(대법원 2000.4.23. 선고 2000다56976 판결)와 (7)번 판례(대법원 2016.7.14. 선고 2013다82944, 82951 판결)는 약정된 위약금을 위약별로 판시한 사례이다. (6)번 판례는 도급계약에 있어 낙찰 예정가격의 100분의 85 미만의 낙찰자는 예정가격과 낙찰금액과의 차액을 계약보증금과 함께 차액보증금으로 납부하게 한 사안에서 이 차액보증금을 위약별로 본 사안이다. 대법원은 차액보증금이 저가 입찰을 억제하여 덤핑에 의한 부실공사를 방지하고 계약 내용대로 계약을 이행할 것을 담보하기 위한 조항이며 약관 조항의 규정 형식이 손해배상액의 예정으로서의 성질을 가지는 계약보증금과 별도로 차액보증금을 미리 납부하도록 한 것임에 비추어 위약별로 판단한 것으로 보인다. 생각건대, 저가 입찰 억제가 차액보증금 제도 도입의 동기이기는 하나 이러한 제도 도입의 동기와 차액보증금이 계약 내에서 실제로 갖게 되는 기능은 구별되어야 할 것이다.⁶²⁾ 물론 차액보증금이 위약별적 요소가 나타나는 경우임을 부인하기는 어렵지만, 위와 같은 차액보증금에 손해배상의 기능이 없다고 할 수 없을 것이다. 즉, 지나친 저가 입찰과 손해발생 및 그 확대의 가능성 사이의 연관성, 또는 차액보증금을 납부하여야 하는 경우 손해배상 확보의 필요성 사이의 상관성을 부정하기 어렵다.⁶³⁾ 그렇다면 차액보증금을 제재적 또는 이행강제 기능만을 하는 순수한 위약벌이라고 판단할 수 없을 것이다.⁶⁴⁾

62) 즉, 저가 입찰의 억제라함은 계약 체결 이전에 갖는 하나의 예방적 기능이며, 계약에 편입된 뒤에 차액 보증금 자체가 어떤 기능을 하는가는 다르다고 볼 수 있다.

63) 바꾸어 말하면, 10%의 계약보증금만으로는 충분한 손해배상이 되지 않는 경우가 오히려 많을 것이다; 이동신, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 판례 연구”, 민사재판의 제문제 제11권, 2002, 294면.

64) 이동신, 전게 논문, 295면; 위와 같이 과다한 차액보증금 자체를 통제하는 방법으로서

(7)번 판례는 방위사업청 지침에서 규정한 내용을 토대로 계약 체결 과정에서 가격산정 요소에 관하여 허위 기타 부정한 자료를 제출하지 아니할 의무가 있으며, 계약 상대방이 이를 통해 부당한 이득을 취한 사실이 발견된 때에는 정당한 금액과의 차액에 해당하는 손해를 배상하도록 하고, 당초의 원가 계산자료가 허위 기타 부정한 자료임이 밝혀진 경우 부당이득금에 상당하는 가산금을 추가로 청구할 수 있다고 약정한 계약의 내용은 가산금의 성격은 정당한 원가계산자료를 제출하도록 하는 강제적·제재적 성격을 가진다고 해석할 수 있는 바, 가산금을 위약벌로 판단하였다.

가산금은 계약특수조건에 규정된 부당이득금의 환수로도 전보되지 않는 어떤 다른 손해의 발생을 염두에 두고 배상관계를 간편하게 처리하려는 손해배상액 예정으로서의 성격을 가지는 것이 아니라, 방위산업체가 계약특수조건 제1항 단서와 제2항에 규정된 귀책사유가 있는 행위를 한 경우 대한민국이 제재적 성격을 지닌 가산금까지도 청구할 수 있도록 함으로써 방위산업체로 하여금 정당한 원가계산자료를 제출하도록 강제하는, 손해전보 기능과는 무관한 순수한 위약벌로 판단할 수 있을 것이다.

(8)번 판례는 다수의 전기수용가와 사이에 체결되는 전기공급계약에 적용되는 약관 등에, 계약종별 외의 용도로 전기를 사용하면 그로 인한 전

는(위약벌의 감액을 부정하는 판례에 따르는 한) 손해배상액의 예정으로 추정하고, 제반사정을 두로 참작하여 상당한 금액으로 감액을 방법이 정도인 점, 나아가, 우리 판례가 위약벌의 감액을 부정하고 있어 실제 손해액이나 위약의 경위 등을 고려하여 적절한 위약금을 결정하는 방법이 원천봉쇄되고 있어 구체적 타당성을 기할 수 없다는 정책적인 판단까지 고려한다면, 역시 차액보증금과 계약보증금을 합친 모두를 계약보증금으로 보고 이 계약보증금은 위약벌적 요소가 특히 많이 포함된 경우로 이해하는 것이 더 적절할 것으로 보인다.

기요금 면탈금액의 2배에 해당하는 금액의 위약금을 부과하게 되지만, 그와 별도로 면탈한 전기요금 자체 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 규정은 없고 면탈금액에 대해서만 부가가치세 상당을 가산하도록 되어 있는 사정의 경우 위 약관에 의한 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 판시하였다. 즉, 전기요금 면탈금액에 해당하는 부분은 손해배상액의 예정으로, 그 한도에서 초과하는 부분은 위약벌로 본다는 것이다. 그러나 이 약정은 약관과 시행세칙에 정한 바에 따라 면탈금액 부분에 대해서는 손해배상액의 예정으로, 그 외의 초과 추정금은 위약벌 약정으로 사실상 각각 별개의 위약금을 체결한 것으로 볼 수 있다.

4. 소결

학설과 판례를 통해 살펴본 바처럼, 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 것은 쉽지 않다. 우선 위약금 약정이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단하는 기준은 당사자간에 체결한 계약내용의 해석 문제일 것이다. 그렇기 때문에 당사자들이 사용한 명칭이나 문구도 중요한 참고사항이 되지만 계약서에 기재되어 있는 명칭이나 문구로 위약금 약정의 법적 성질을 결정할 수는 없다. 당사자들의 의사는 무엇인지, 특히 상대방이 그 문구를 어떻게 이해하였는지, 계약의 체결 경위 등 여러 사정을 고려해 그 성질을 결정해야 한다.⁶⁵⁾

65) 김재형, 전게 논문, 636면.

2000년대 이전 판례에서는 계약보증금을 위약벌로 보는 사례도 적지 않았으며 특히 도급계약에서 계약보증금과 지체상금이 함께 약정되어 있는 경우에는 지체상금은 손해배상액의 예정에 해당하며 계약보증금은 위약벌에 해당한다는 판례가 많았다. 위에서 지적한 바와 같이 이는 손해배상액의 예정의 유형의 형태가 다양할 수 있음을 간과하고 지체상금을 손해배상액의 예정으로 보는 논리 과정에서 계약보증금이 위약벌이라는 결론에 도달한 것으로 보인다.

2000년대 이후에는 양자 구별에 있어 대법원 2000.12.8. 선고 2000다35771 판결이 중요한 역할을 했다 볼 수 있다. 이 판결에서는 “계약보증금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지는 도급계약서 및 위 약관 등을 종합하여 구체적 사건에서 개별적으로 결정할 의사해석의 문제이고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정되므로 위약금이 위약벌로 해석되기 위하여는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다.”고 판시하여 종전의 다소 혼란스러웠던 구별 기준을 명확히 하는데 도움이 되었다. 2000년대 이후의 판례들을 살펴보면 우리 학설과 판례에 위약벌 뿐만 아니라 손해배상액의 예정에도 이행강제 기능이 인정되고 있음을 염두하고 있으며 채무이행의 확보나 심리적 강제라 하는 것은 위약벌과 손해배상액의 예정에 공통되는 성질이므로 명확한 구별의 기준이 될 수 없고 위약금 약정이 이행강제 기능을 띠고 있음을 넘어서 그 성질이 손해전보 기능이 전혀 없고 명백히 이행을 강제하는 이행강제 기능만을 가진때에만 위약벌이라 판단하려 하고 있음을 알 수 있다. 또한 위약벌에는 손해배상액의 예정과는 달리 감액에 관한 규정이 없기 때문에 감액 규정의 허용 여부도 양자를 판단하는데 있어 고려되는 요소가 되는 듯 하

다.⁶⁶⁾

양자 구별의 모호함으로 인해 이처럼 위약금을 손해배상액의 예정과 위약벌로 구분하는 것은 그 개념에 있어서나 그 실제적 효용에 있어서나 큰 의미를 찾기 어려우며 오히려 양자의 구분과 그에 따른 상이한 법리와 접근방식은 문제의 본질을 흐리게 한다는 주장도 제기된다.⁶⁷⁾ 또한 위약금 약정에서 손해배상액의 예정이 아닌 다른 형태로서 인정되는 위약벌을 부정하는 견해도 있다.⁶⁸⁾

하지만 우리 민법 제398조의 해석상 위약금은 손해배상액의 예정과 위약벌로 구분되기 때문에, 위약벌을 부정하는 견해는 수용하기 어려울 것이다. 또한 위약벌은 당사자의 약정에 의해 성립하는 사적인 제재이기에 현행 법제와 조화되지 않는다고 할 수 없으며 계약 자유의 원칙에 따라 당사자들이 합의로 정한 내용을 부정하는 것은 타당하지 못할 것이다. 그러므로 위약벌을 인정함에 있어 그 판단은 신중하고 엄격하게 이루어져야 한다 하더라도, 위약벌 개념 자체를 부정할 수는 없을 것이다. 위약금이

66) 되도록 손해배상액의 예정으로 판단하여 감액을 인정함으로써 형평에 맞는 결론을 도출하려고 한 것이 아닐까 추측한다. 김재형, 전제 논문, 637면.

67) 김동훈, “민법상 위약벌 제도의 운용방향”, 인권과 정의 제465호, 2017.5, 103면.

68) 학설의 일부는 손해배상액의 예정이 손해전보 기능과 이행강제 기능의 이중기능을 수행하기 때문에 위약벌이 존재할 의의를 찾기 어렵다는 점과 위약벌을 인정할 경우, (1) 민사책임과 형사책임이 분화된 현행 법제와 조화되지 아니하며, (2) 위약벌도 일종의 “벌”이고 손해의 전보는 아니므로 채권자에게 손해가 발생하면 추가적으로 손해를 청구할 수 있게 되는데, 그러한 경우에는 채권자에게 이중이득을 주게 되어 채권자만을 위하는 과잉 제도가 되며, (3) 위약벌의 과다 여부를 판단함에 있어서 법원마다 기준이 다르게 되어 법적 안정성 문제가 발생할 수 있으며, (4) 손해 없이도 위약벌을 몰수하는 것은 채권자에게 일종의 불로소득을 법원이 인정하는 것이 되어 사법에 대한 불신을 조장하며, (5) 계약상 거래가 국제적으로 확대되고 있는데 이를 인정하는 것은 국제적 공통성에 반하게 되며, (6) 손해배상액의 예정이 이행강제 기능과 손해담보 기능과 손해배상 기능을 충분히 할 수 있으므로 이행강제 기능을 가지는 위약벌은 불필요하며, (7) 당사자가 위약벌의 인정은 공서양속에 반한다는 논거로 상고를 하는 것은 위약벌이 일반거래관념 내지 법 감정과도 일치되지 아니하며, (8) 위약벌은 일반인들의 법률상식에도 용납되지 아니하고 관행화 되었다고도 할 수 없다고 한다. 강신웅, “위약벌의 인정문제”, 민사법연구 제5집, 대한민사법학회, 1996. 12, 206-208면.

손해배상액의 예정과 위약별로 구별되는 것은 부정할 수 없는 사실이며 손해배상액의 예정과 위약별을 명확히 구별하지 않을 경우 손해에 대한 별도의 청구가능성, 예정된 배상액의 감액청구가능성 등에서 혼란이 발생할 수 있다. 위약별은 손해배상액의 예정과는 달리 별도의 손해배상을 청구할 수 있다는 점과 원칙상 위약별은 민법 제398조 제2항의 감액 규정이 적용되지 않는다는 점에서 손해배상액의 예정과 위약별은 구별되어야 할 것이다.⁶⁹⁾ 그러므로 양자 구별에 있어 위약별의 개념을 규명하는 것이 중요한 요소일 것인데 위약별로 인정될 수 있는 기준으로서는 손해배상과의 무관계성을 핵심적인 개념 요소로 삼아야 할 것이며, 별도로 손해배상 전액에 대해 따로 청구할 수 있는 경우, 즉 위약금을 손해배상과 별도로 채권자가 공짜로 차지하는 것이 계약상 명확한 경우에만 위약별로 보아야 할 것이다.⁷⁰⁾

69) 그러나 이에 대해 “이러한 감액은 분쟁 발생 후 소송 상황에서 사실심 변론종결시를 기준으로 이루어진다. 그러므로 계약 당사자는 계약 체결 시점에 감액 여부를 확정할 수 없다. 계약 해석은 계약 체결 시점에 존재하였던 계약 당사자의 의사를 확정하는 작업인데, 이처럼 계약 체결 시점에 감액 여부를 확정할 수 없다면 계약 해석의 일종인 위약금 약정의 성질 결정도 감액 여부를 기준으로 삼을 수 없다.”라는 견해가 존재한다. 권영준, 전게 논문, 206면; 그러나 감액 여부가 양자를 구별하는 기준이 될 수는 없을지라도 효과상 차이가 존재하므로 구별의 필요에 의의가 있다는 점에서 손해배상액의 예정과 위약별은 구별되어야 할 것이다.

70) 홍승면, 전게 논문, 159면.

제 3 절 위약금의 증·감액에 관한 고찰

I. 손해배상액의 예정의 증·감액 여부

1. 서설

민법 제398조 제2항은 “손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 적당히 감액할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 조항은 국가가 직접 계약당사자들이 맺은 계약 내용에 개입하여 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하려 하여⁷¹⁾ 채권자가 위약금 약정으로 부당한 이익을 취하는 것을 막고 경제적 약자로 상정되는 채무자를 보호하려함에 그 취지가 있다고 할 수 있다. 원래 법이 당사자 간의 계약 내용을 통제함에 있어서는 그 계약의 내용을 부인하는 방식이 통상이고 그 계약의 내용을 수정하는 권한을 부여하지는 않는다. 그러한 권한이 부여되면 결과적으로 계약당사자들이 자신들이 의욕하지 않았던 권리를 가지거나 부담을 가지게 되어 부당한 경우를 초래하게 될 수 있기 때문이다. 그러나 예정된 배상액을 감액하는 것은 실제로는 그 약정의 일부 무효를 인정하는 것과 다름이 없을 것이다.⁷²⁾ 이 규정은 강행법규로서 사전에 감액을 배제하는 약정은 무효로 본다. 그렇다면 예정액이 부당히 과소한 경우에 이를 증액할 수 있는

71) 대법원 1993.4.23. 선고 92다41719 판결.

72) 박윤직 편집대표, 전게서, 646면 (양창수 집필부분).

가? 이에 대해서는 긍정하는 견해도 있다.⁷³⁾ 그러나 증액이나 감액은 모두 계약 자유에 대한 중대한 제한이므로 신중히 고려해 보아야 할 문제이며 우리 민법에서는 증액을 인정하는 명문의 규정이 없다.⁷⁴⁾ 생각건대, 손해배상액의 예정의 증액마저 허용하게 된다면 당사자들이 합의를 통해 손해의 배상에 관한 법률 분쟁을 피하고 신속히 해결하고자 하는 약정의 취지에도 반하는 것이고 위약금 약정의 의미조차 퇴색되는 것이다.⁷⁵⁾

2. 부당히 과다하는 것의 의미

민법 제398조 제2항에서는 부당히 과다한 경우에 감액할 수 있다고 규정하고 있는데 그렇다면 부당히 과다하다고 함은 어떤 의미인지를 살펴볼 필요가 있다.⁷⁶⁾

우리 판례의 경우 “민법 제398조 제2항에 의하여 법원이 예정액을 감액할 수 있는 ‘부당히 과다한 경우’라 함은 손해가 없다가 손해액이 예정

73) 손해배상제도의 근본사상이 실손해의 진보에 있으므로 예정배상액이 부당히 과소한 때에는 채권자의 청구에 의하여 법원이 증액할 수 있다고 하여야 한다는 견해이다. 김상용, 전거서, 202면; 예정배상액이 과대한 경우에만 공평의 원리가 적용되고 과소한 경우에는 공평의 원리가 적용되지 않는다고 하는 것은 일관성이 없는 원리이며 채권자라고 하여 반드시 경제적 강자라고만 할 수도 없다. 김형배, 전거서, 314면.

74) 우리 민법과는 달리 프랑스에서는 명문으로 재량증감을 인정하고 있으나 증액에 대한 부정적 평가와 함께 실제 사례가 없어서 폐지하려는 개정 의견이 제시되었었다. 지원립, 전거 논문, 33면.

75) 다만 민법 제103조, 제104조에 의하여 손해배상액의 예정이 무효로 되는 경우는 이를 인정할 수 있을 것이고 이 경우에 채권자는 손해배상의 일반원칙에 의하여 실손해를 배상받을 수 있다고 보아야 할 것이다.

76) 이에 대해서는 부당하다는 것과 과다하다는 것은 결국 적당하지 못한 경우가 과다한 것이며 과다하다면 부당한 것이라는 의미여서 부당히 과다하다는 것의 의미는 적당하지 못한 것이라는 견해도 있다. 이광범, “손해배상에정액의 감액”, 민사판례연구 제16집, 민사판례연구회, 231면.

액보다 적다는 것만으로는 부족하고, 계약자의 경제적 지위, 계약의 목적, 손해배상액예정의 경위 및 거래관행 기타 제반사정을 고려하여 그와 같은 예정액의 지급이 경제적 약자의 지위에 있는 채무자에게 부당한 압박을 가하여⁷⁷⁾ 공정성을 잃는 결과를 초래한다고 인정되는 경우”를 가르킨다 하여 채무자를 압박해 공정성을 해하는 경우에 감액되어야 하는 부당히 과다하지 못한 기준으로 불공정성을 들고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 여기서 말하는 불공정이라 함은 민법 제104조에서의 불공정한 법률행위와 비교하여 살펴볼 필요가 있다. 일반적으로 민법 제104조는 객관적 요건으로 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 있어야 할 뿐만 아니라, 주관적 요건으로 당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험을 이용하려는 의사가 있어야 한다. 그러나 민법 제398조에서는 ‘당사자의 궁박, 경솔 또는 무경험으로 인하여’라는 것을 요건을 규정하고 있지는 않다. 더구나 상대방의 그러한 사정을 알고 이용하려는 의사가 반드시 있어야 된다고 볼 수도 없다.⁷⁹⁾ 따라서 민법 제398조에서 말하는 부당히 과다하다는 것은 당사자 일방이 위약금 약정을 통해 실손해나 합리적 금액을 현저히 초과하는 이익을 얻고자 하는 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다.⁸⁰⁾

77) 이에 대해서는 반드시 채무자가 경제적 약자의 지위에 있는 경우에 한정된다고 할 필요는 없으며 경제적으로 동등하거나 예외적으로 강자의 지위에 있는 채무자라도 본 조항의 적용을 받을 수 있으며 위약금 약정 당시 아무런 부당한 압박이 행하여지지 않았더라도 사후적으로 그 예정액이 부당히 과다한 것으로 인정될 경우도 있다. 박윤직 편집대표, 전게서, 681면 (양창수 집필부분).

78) 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결 등.

79) 박윤직 편집대표, 전게서, 681면 (양창수 집필부분).

80) 최창열, 전게 논문, 182면.

3. 판례

판례에서는 일반적으로 손해배상액이 부당히 과다한 경우를 판단하기 위한 기준으로 채권자와 채무자의 각 지위, 계약의 목적 및 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 채무액에 대한 예정액의 비율, 예상손해액의 크기, 당시 거래관행 등을 들고 있다.⁸¹⁾ 몇 가지 판례를 살펴본다.

1) 먼저 부당히 과다하다 인정한 사례에 대해 살펴본다. 대법원 1990.11.9. 선고 90다카7262 판결에서는 배구선수가 배구단과 전속입단계약을 체결하면서 타배구단에 이중으로 선수등록을 하지 않기로 하고, 위약시 전속금과 격려금 및 이에 대한 각 수령일로부터 연 2할 5푼의 비율에 의한 돈과 그 이외에 계약불이행으로 인하여 입은 일체의 손해를 배상하기로 약정한 사안에서, 항소심이 연 6푼의 비율로 감액한 데 대하여, "원심이...당초 약정된 손해배상액의 예정비율을 감액 인정한 것 자체는 수긍할 수 있다 하겠으나 그 감액의 정도가 너무 지나쳐서 합리성을 인정하기 어렵다."고 판시하였다.⁸²⁾

대법원 1990.11.27. 선고 90다카27068 판결에서는 부동산을 9,500만 원에 매수한 자가 지급기일을 넘겨 중도금을 지급하면서, 잔금기일 위반시 중도금까지도 포기하기로 약정하였다가, 잔금을 지급하지 않자 매도인이 계

81) 대법원 1987.5.12. 선고 86다카2070 판결; 대법원 1988.12.6. 선고 87다카2739 판결; 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결; 대법원 1992.9.22. 선고 92다41719 판결; 대법원 1996.2.27. 선고 95다42393 판결; 대법원 2012.3.29. 선고 2011다83240 판결; 대법원 2017.7.11. 선고 2016다52265 판결; 대법원 2017.7.18. 선고 2017다206922 판결 등.

82) 이 판결은 손해배상액의 예정이 부당히 과다하다고는 인정되었으나 그 감액의 정도에 대해 판단한 판결이다.

약을 해제한 사안에서 이 사건 계약당시 약정한 위약금 및 위 중도금이 전체대금에서 차지하는 비율, 원고의 잔금지급기일의 불이행으로 피고에게 특별히 다액의 손해가 발생하는 등의 사정이 인정되지 아니하는 점 등 변론의 과정에서 나타난 모든 사정을 종합하면 위 손해배상의 예정액은 부당히 과다하다고 보여지므로 이를 감액하여 매매대금의 1할인 950만 원으로 정함이 상당하다할 것이라고 판시하였다.

대법원 1994.10.25. 선고 94다18140 판결에서는 한국토지공사 택지분양시 당첨자가 소정기일 내 계약체결을 하지 않을 경우 분양신청 예약금 1,500만 원을 공사에 귀속시키기로 약정하였는데, 계약체결을 하지 않은 당첨자가 그 반환을 청구하자, 항소심은 500만 원으로 감액하여 1,000만 원의 반환을 명하였고, 한국토지공사가 상고하였으나 기각하여 감액을 인정하였다.

대법원 1995. 12. 12. 선고 95다28526 판결에서 원고는 1992. 12. 28. 피고 보조참가인(이하 참가인이라 한다)과 공사대금을 59억 2,405만원으로 한 청사 신축공사 도급계약을 체결함에 있어서 참가인은 위 도급계약 체결 당시 자신의 공사이행 의무를 보증하기 위하여 도급금액의 10%에 해당하는 금액을 공사이행 보증금으로 원고에게 납부하기로 하되, 참가인의 귀책사유로 인하여 계약이 해제될 때에는 위 공사이행 보증금은 원고에게 귀속되기로 하는 공사이행 보증금에 관한 약정을 한 후, 1992. 12. 26. 도급금액을 61억 4,570만 원, 보증금액을 6억 1,457만 원으로 한 계약보증서를 발급받아 위 공사이행 보증금의 지급에 갈음하여 원고에게 제공하였

다. 원고는 참가인이 약정 기일이 지나도록 공사에 착수하지 않자 도급 계약 해제를 통고하였다. 대법원은 참가인의 귀책사유로 계약이 해제될 시 원고에게 귀속되기로 한 위 보증금에 대해 도급계약의 내용이 60억 원에 이르는 건축공사이고, 계약금이 수수된 바 없으며, 계약일과 해제일 사이의 기간이 2개월이 되지 아니하고, 기타 계약 체결 경위나 해제의 경위 등의 제반사정을 참작하면 위 공사이행 보증금은 부당하게 과다하다고 인정되므로, 이를 4억 원으로 감액함이 상당하다고 판단하였다.

대법원 2009.12.24. 선고 2009다60169, 60176 판결에서 대법원은 피고는 원고들과 이 사건 제1토지를 1억 1,000만 원에 매수하기로 하는 내용의 매매계약을 체결하면서, 매매계약 당시 원고들이 이 사건 제1토지 내의 건물을 철거하고, 건물이 철거되면 피고는 피고 소유의 이 사건 제2토지를 나대지화한 다음 잔금 1억 원을 원고들에게 지급하되, 피고가 이를 어길 경우에는 이미 지급한 계약금을 반환하지 아니할 뿐만 아니라 이 사건 제2토지의 소유권을 원고들에게 이전하기로 한 약정에서 위 매매계약의 내용, 매매대금에 대한 손해배상 예정액의 비율, 손해배상 예정액을 정하게 된 경위, 일반적인 거래관행, 원고들에게 실제로 생겼을 손해의 규모 등에 비추어 보면, 손해배상 예정액으로서 피고로 하여금 계약금 1,000만 원의 반환청구를 포기하는 외에 이 사건 제 2토지의 소유권까지 원고들에게 이전하게 하는 것은 부당하게 과다하다고 할 것이라고 판시하였다.⁸³⁾

83) 위 사안에서 원심은 예정된 배상액을 위약별로 보아 감액에 관해 논의하지 않았다.

대법원 2017.7.11. 선고 2016다52265 판결에서 원심은 이 사건 분양대금이나 옵션공사대금을 지급하지 않을 경우 미지급금에 대하여 약정 연체이율에 따른 지연손해금을 지급하기로 하는 약정은 부당하게 과다하다고 하면서, 그 지연손해금을 4,800만 원으로 감액하였으며 그 이유로 수분양자들이 관련 소송의 판결 확정 시까지 분양계약의 취소·해제 등을 주장한 것에 근거가 전혀 없었다고 보기는 어려우므로, 위 기간에 대하여 약정 연체이율을 그대로 적용하는 것은 수분양자들에게 부당한 압박을 가하여 공정을 잃는 결과를 초래한다고 볼 여지가 충분하여 이를 감액할 필요가 있는 점을 들었으며 대법원 또한 원심판결이 정당하다 판시하여 금전채무에 관해 이행지체에 대한 지연손해금 비율을 따로 약정한 경우 손해배상액의 예정으로서 민법 제392조 제2항에 의한 감액 대상이 된다고 판시하였다.

대법원 2018.10.25. 선고 2015다221958 판결에서 원고는 2008. 12. 8. 피고에게 케이티엑스(KTX)-산천 고속철도 동력차 및 객차 50량(이하 ‘이 사건 고속철도차량’이라 한다)을 물품대금 1,589억 9,950만 원에 제작 및 공급하기로 하는 내용의 물품구매계약(이하 ‘이 사건 계약’이라 한다)을 체결하였다. 이 사건 계약에서는 원고가 납품기한인 2011. 12. 30.까지 이 사건 고속철도차량을 납품하지 아니한 때 피고에게 계약금액의 0.15%의 지체상금률에 따른 지체상금을 지급한다고 정하였다. 원고는 납품기한 이후인 2012. 7. 14.부터 2012. 7. 25.까지 이 사건 고속철도차량을 납품하였다. 피고는 물품대금을 지급하면서 지체상금이 발생하였다는 이유로 480억 33,748,950원을 공제하였다. 원심은 이 사건 계약에 따라 원고가 부담하는

지체상금이 부당하게 과다하다고 보아 이를 50%로 감액하였다. 대법원 또한 원심의 이러한 판단에 대해 판결이유에 모순이 있거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나, 지체상금의 감액과 위약벌 약정에 관한 법리를 오해하고 형평의 원칙에 반하여 합리적인 범위를 벗어나 감액 비율을 판단한 위법이 없다고 판단하였다.

2) 부당히 과다하지 않다고 본 사례도 있다. 먼저 대법원 1989.12.12. 선고 89다카10811 판결인 부동산을 9억 3,500만 원에 매수한 자가 계약금 9,500만 원을 지급하고 위약금으로 약정하였다가 위약한 사안에서, 원심이 이 사건 체결 및 위약의 경위나 손해배상액을 예정한 동기 기타 이 사건 변론에 나타난 제반사정을 고려할 때 부당히 과다하다 하여 6,000만 원으로 감액하는 것이 상당하다 판단하였으나 대법원은 원심이 들고 있는 사유 이외에 이 사건 계약당시의 거래관행이 있는지를 심리하고 그 거래관행도 참작하여 일반 사회 관념에 비추어 그 손해배상의 예정액이 부당하게 과다하다고 인정되는지의 여부를 판단하여야 할 것이라 하며 원심을 파기하였다.

대법원 2000. 12. 8. 선고 2000다50350 판결에서는 원고와 피고 사이에 계약금액 12억 6,500만 원, 계약보증금 1억 2,650만 원, 지체상금을 공사지연 1일당 공사금액의 1,000분의 1로 정하는 내용의 하도급 계약을 체결한 사안에서 대법원은 이 사건 손해배상의 예정액 금 1억 2,650만 원이 부당히 과다하여 이를 5,000만 원으로 감액한다는 원심 판단에 대해 원심이

지체상금을 산정함에 있어 지체일수를 위법하게 계산하였으며 원래의 공사비보다 더 많은 잔여 공사비의 지급을 피할 수 없었다는 점, 그리고 공사하도급계약에 있어 하도급공사금액의 10% 정도를 계약금으로 정하고 이를 손해배상 예정액으로 약정함이 일반적인 거래관행인 것으로 보이는데 바로 이 사건 손해배상 예정액도 하도급공사금액의 10%라는 점에 따라 이 사건 손해배상의 예정액은 원고에게 부당한 압박을 가해 공정을 잃게 할 정도라 보기 어렵다 하여 원심판결을 파기하였다.

대체로 판례는 부동산 매매계약에 있어 매매대금의 10%정도를 손해배상액의 예정으로 정하는 것을 거래관행으로 고려한다.⁸⁴⁾ 그러나 대법원 2014.1.16. 선고 2013다64090 판결을 보면 甲 주식회사와 乙이 매매계약을 체결하면서 어느 일방이 계약을 불이행하는 경우 매매대금의 150%에 해당하는 금원을 배상하기로 정한 사안에서, 원심은 매매대금의 150%는 손해배상액의 예정으로서 부당히 과다하므로 이를 매매대금의 10%로 감액하는 것이 적당하다고 판시하였다. 그러나 대법원에서는 통상의 부동산 매매계약에서 매매대금의 10% 정도를 손해배상액으로 예정하는 예가 많기는 하나 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 매매계약의 이행불능으로 계약이 해제될 경우 원고가 실제로 입게 될 손해의 정도는 원고가 투입할 이 사건 각 부동산의 개발 비용 등으로 인하여 다른 부동산 매매계약의 경우에 비해 상대적으로 클 것이 예상되기 때문에 이 사건 매매계

84) 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결; 대법원 1993.4.23. 선고 92다41719 판결; 대법원 1997.3.28. 선고 95다48117 판결; 특히 부동산 매매계약에 있어서 위약금이 매매대금의 10% 정도로 정해진 경우에는 대체로 감액을 부정하고 있으며, 그 이상(20% 이상)인 경우에는 그와 같이 10%가 넘는 위약금을 약정할 만한 특별한 사정이 있는지를 살펴 감액 여부를 결정한다.

약에서 손해배상의 예정액 비율을 일반적인 경우보다 현저히 높게 책정하였다고 볼 여지가 충분하다고 하며 원심은 기록상 알 수 있는 원고의 실제 손해액 또는 예상 손해액과 이 사건 손해배상의 예정액을 대비해 보는 등의 조치를 취한 후 이 사건 손해배상의 예정액이 부당히 과다한지 또는 그 적당한 감액 범위는 어떠한지를 판단하였어야 한다고 판시하며 원심을 파기하였다.

대법원 1997.6.10. 선고 95다37094 판결에서는 원고와 피고 사이에 석유류제품 계속거래계약을 체결하고 피고가 계속적거래의무를 위반하고 다른 회사와 거래를 한 사안에서 쌍방이 합의사항 위반시 상대방에게 지급하기로 예정한 손해배상액 5,000만 원은 원고와 피고 모두 기업인으로 채무자에게 부당한 압박을 가하여 채권자와 채무자 사이에 공정성을 잃게 되는 결과를 초래하지 않음을 이유로 감액을 인정하지 않았다.

대법원 2018. 11. 29. 선고 2016다48808 판결에서는 피고는 이 사건 준소비대차계약에서 정한 위약금 20억 원이 지나치게 과중하므로 그 약정의 전부 또는 일부가 무효라고도 주장하였다. 그러나 대법원은 2001. 3. 12. (차용일)부터 2002. 6. 30.(변제기일)까지 약 1년 3개월 동안 원금 약 73억 원을 무이자로 빌려주는 내용인 이 사건 준소비대차계약에서 변제를 불이행한 경우 원금의 연 20% 이자 상당의 금액(연 20%를 적용한 변제기일까지 이자는 약 19억 2,100만 원임)을 위약금으로 정한 것이 부당히 과다하다고 보기 어렵다고 판단하였다.

3) 대법원 1975.11.11. 선고 75다1404 판결에서는 "원·피고 간에 손해배상액을 예정한 이 건에 있어서는 동 예정액이 원·피고 간의 계약관계에 있어서 부당하게 과다한지의 여부만 판단하면 족하고 피고의 실제 손해액에 대한 구체적인 심리는 할 필요가 없다."라고 하여 손해배상액 예정이 부당히 과다한지를 판단함에 있어서 실제 손해액을 구체적으로 밝힐 필요는 없다고 판시하였다.⁸⁵⁾ 다만 1995.11.10. 선고 95다33658 판결에서는 손해배상 예정액의 과다 여부 판단에 있어 실제의 손해액을 구체적으로 심리·확정할 필요는 없고, 다만 기록상 실제의 손해액 또는 예상 손해액을 알 수 있는 경우 그 예정액과 대비하여 보면 족하다 할 것이며, 실제의 손해액이 예정액에 미치지 못한다는 점은 그 예정액이 부당히 과다하다고 주장하는 채무자가 입증할 필요가 있다하여 실제 또는 예상 손해액이 기록상 나타난 경우에는 이를 예정액과 비교해 보아야 한다고 판시하였다.

4) 한편 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결에서는 부동산 매매계약에서 매매대금을 9억 8,300만 원으로 체결하고, 계약금 9,000만 원을 위약금으로 약정하였다가 매도인이 이행할 수 없게 된 사안에서, 항소심은 여러 사정을 들어 4,500만 원으로 감액하였으나, 대법원은 "일반적으로 거래관행상 인용되어 온 금액 이하의 예정액을 부당하게 과다하다 하여 감액하려면 단지 예정액 자체가 크다든가, 계약체결 시부터 계약해제 시까지의 시간적 간격이 짧다든가 하는 사유만으로는 부족하고 실제 손해액과 예정액을 비교해 보는 외에 계약 당사자의 경제적 지위, 계약의 목적, 손해배상예정의 경위 기타 제반 사정을 참작하여 이 사건 예정된 배상액이

85) 대법원 2011.1.27. 선고 2010다60042 판결; 대법원 2004.7.22. 선고 20043543 판결.

경제적 약자인 피고에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃게 할 정도라고 생각되는 경우이어야 할 것”이라고 하며 거래관행상 인정되고 있는 예정된 배상액을 감액하려면 실제 혹은 예상 손해액을 예정액과 대비하여 보아야 한다고 판시하였다. 손해배상 예정액의 부당 과다 및 적당 감액의 범위의 판단은 사실심 변론 종결 당시를 기준으로 한다.⁸⁶⁾ 대법원 1995.11.10. 선고 95다33658 판결에서는 실제의 손해액이 예정액에 미치지 못한다는 점은 그 예정액이 부당히 과다하다고 주장하는 채무자가 입증할 필요가 있다고 하여 손해배상 예정액이 부당히 과다하다는 사정에 관하여는 채무자가 입증책임을 진다고 한다.

II. 위약벌의 증·감액 여부

1. 서설

앞에서도 살펴보았듯이, 우리 민법은 위약벌에 관하여 정면으로 규정하고 있지 않기 때문에 민법 제398조 제2항에 따른 법원의 직권 감액이 위약벌에 관해서도 허용되는지가 문제 된다. 결론부터 말하자면 판례는 손해배상액의 예정에 관해서는 민법 제398조 제2항을 통해 법원의 직권 감액을 인정하고 있지만 위약벌에 관해서는 직권 감액을 허용하고 있지 않다.⁸⁷⁾ 직권 감액의 여부는 위약벌은 손해배상액의 예정과는 달리 손해배

86) 대법원 1993.1.15. 선고 92다36212 판결; 대법원 2004.7.9. 선고 2004다16181 판결.

상과는 무관한 사적 제재이므로 채권자가 별도의 손해배상 청구를 허용한다는 점과 함께 손해배상액의 예정과 위약벌의 효과상 차이 중 하나로 설명할 수 있다. 다만 위약벌의 경우 민법 제398조 제2항에 따른 재량감액이 허용되지는 않으나 위약벌이 사회질서에 반할 정도로 과도하다면 민법 제103조에 의하여 위약벌 약정의 전부 또는 일부가 무효로 된다는 것이 판례의 입장이다.⁸⁸⁾⁸⁹⁾

위약벌의 증액 여부에 관하여는 위약벌은 실손해의 배상과는 별도로 채무이행을 강제하기 위한 목적에서 약정되는 추가급부이므로 명목적인 손해액이더라도 무방할 뿐만 아니라, 제재적인 성질을 가지는 것이므로 증액은 논의의 여지가 없을 것이다.

2. 판례

1) 위약벌 감액의 부정 및 공서양속 위반을 이유로 한 무효에 관해 판시한 사례

대법원 1968.6.4. 선고 68다419 판결에서는 서울특별시와 재단법인 원호장학회가 체결한 분노수거대행계약에 의하여 보증금 43만 원을 예치를 약

87) 대법원 1968.6.4. 선고 69다419 판결; 1993.3.23. 선고 92다46905 판결 등.

88) 대법원 1993.3.23. 선고 92다46905 판결.

89) 일본은 우리나라에 앞서 위약벌 약정과 공서양속 조항에 관한 판례와 학설을 정립하였다. 일본민법 제420조는 손해배상액의 예정에 대하여 규정하면서 명문으로 그 증액이나 감액을 부정하고 있다. 이는 개정 전 프랑스민법의 태도를 따른 것이고 조금 더 거슬러 올라가면 위약금의 감액을 인정하지 않았던 로마법에서 그 기원을 찾을 수 있다. 최창열, 전게 논문, 63면.

정한 사안에서, “본건 보증금약정은 손해배상액의 예정에 해당된다고는 할 수 없고 도리어 피고의 계약 위반에 대한 위약벌 또는 제재금의 성질을 가진 것이라고 해석되므로, 다른 특별한 사정이 없는 한, 이를 감액할 수 없다.”고 판시하여, 위약벌의 약정이 있는 경우는 그 금액이 과다하다고 하여 다른 특별한 사정이 없는 한 감액을 할 수 없다고 하였다. 이 판결에서는 위약벌은 특별한 사정이 없는 한 감액을 할 수 없다 판시하고 있어 특별한 사정이 있다면 감액할 여지가 있음을 유추하여 볼 수 있다.

그 이후 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다46905 판결에서는 백화점 수수료 위탁판매매장계약에서 임차인이 매출신고를 누락하는 경우 판매수수료의 100배에 해당하고 매출신고누락분의 10배에 해당하는 벌칙금을 임대인에게 배상하기로 한 위약벌 약정을 하였고 이를 감액할 수 있는지가 문제된 사안에서 “위약벌이 손해배상액의 예정과는 그 내용이 다르므로 부당히 과다한 경우에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 그 액을 감액할 수는 없는 법리이고, 다만 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 채권자의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거울 때에는 그 일부 또는 전부가 공서양속에 반하여 무효로 된다.”고 판시하였으며 대법원은 지금까지 일관된 태도를 보이고 있다.⁹⁰⁾

2) 공서양속 위반을 이유로 전부 또는 일부 무효가 인정된 사례

(1) 대법원 2002.2.5. 선고 2001다62091 판결에서는 원고가 피고에게 지

90) 대법원 2002.4.23. 선고 2000다56976 판결; 대법원 2005.10.13. 선고 2005다26277 판결; 대법원 2013.12.26. 선고 2013다63257 판결; 대법원 2015.12.10. 선고 2014다14511 판결; 대법원 2016.7.28. 선고 2015다239324 판결 등.

급하기로 한 전세금의 20% 상당액은 위약벌에 해당하는데, 그 의무 강제에 따라 피고가 얻는 이익에 비하여 약정된 위약벌이 지나치게 무거워 약정 금액의 10%를 초과하는 부분은 공서양속에 반하여 무효라고 판단한 것은 옳다고 판시하였다.⁹¹⁾

(2) 대법원 2013.7.25. 선고 2013다27015 판결에서는 매니지먼트계약에서 위약금으로 2억 원을 약정한 사안에서 피고의 계약 위반에 따라 이 사건 전속계약이 중도해지되는 경우에도 이 사건 전속계약 제4조에 따라 잔여 계약 기간 동안 발생하는 피고의 활동 수익 중 20%를 손해배상금으로 지급받음으로써 피고의 계약 위반에 따른 원고의 실손해는 사실상 대부분 전보받을 수 있는 점, 이 사건 위약벌금 2억 원은 피고의 4년간의 전속계약에 대한 대가인 전속계약금 5,000만 원의 4배에 이르는 점, 이에 비해 이 사건 전속계약 체결 이전인 2001. 1.경 체결한 원고와 피고의 전속계약상 위약벌금은 1억 원이었던 점, 이 사건 전속계약이 전체 전속기간 4년 중 3년이 경과한 시점에서 종료된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 위약벌금 2억 원은 과도하게 무거운 것으로 보이므로, 이 사건 위약벌 약정은 1억 5,000만 원의 범위 내에서만 유효하고 이를 초과하는 나머지 부분은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

91) 채권자의 이익에 비하여 위약벌이 과도하게 무거울 때에는 공서양속에 반하여 일부 또는 전부가 무효로 된다는 것의 의미에 관하여, 무효가 되는 것이 금액의 일부 또는 전부인지 법률행위의 일부 또는 전부인지가 명확하지 않았다. 그러나 이 관례를 살펴보면 이에 따른다면 전부무효로 하는 경우에도 마찬가지로 법률행위 전체의 무효를 의미하는 것이 아니라 위약벌의 약정 부분의 전부를 무효로 하는 것으로 보아야 할 것이다. 강신웅, “위약 계약금·보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론”, 기업법연구 제16집, 한국기업법학회, 2004.3, 512면.

(3) 대법원 2015.12.10. 선고 2014다14511 판결에서는 원고와 피고가 주식 매매등 계약을 체결한 사안에서 ① 이 사건 위약벌 약정에서 정한 위약벌은 146억 원으로 원고들이 이 사건 합의 등에 따라 피고들로부터 받기로 한 대가인 58억 원의 3배 가까이 되는 점, ② 원고들이 피고들의 채무불이행을 이유로 이 사건 합의 등을 해제하였으므로, 원고들은 이 사건 합의 등에서 정한 의무를 이행하지 않아도 되는 점, ③ 원고들은 피고들로부터 이 사건 위약벌과 별도로 피고들의 채무불이행으로 인하여 입은 손해의 전부를 배상받을 수 있는 점, ④ 피고들은 이 사건 합의 등이 해제된 이후에 원고들의 동의를 얻어 원고들과 피고들이 보유하고 있던 청천디앤씨의 주식 및 채권 일체를 제 3자에게 매각하여 그 손실을 만회하고자 노력하였던 점, ⑤ 그 밖에 이 사건 위약벌 약정을 포함한 이 사건 합의 등의 체결 경위 및 그 진행 과정 등 제반 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원·피고들이 동등한 지위에서 그들 사이의 동업관계를 신속하고 확실하게 청산할 목적으로 위약벌 약정을 하고, 양도인 측인 원고들의 계약 위반 시에도 똑같이 적용되는 점을 감안하여 신중하게 판단하더라도, 이 사건 위약벌 약정은 그 의무의 강제에 의하여 얻어지는 원고들의 이익에 비하여 약정된 벌이 과도하게 무거워 공서양속에 반한다고 볼 여지가 상당하다고 판시하였다.

III. 위약벌의 감액 필요성

위에서 살펴본 것처럼, 판례의 입장은 약정된 위약금의 성질이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단함에 있어서 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되고 위약벌로 판단하는 데는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다고 하며 위약벌로 판단하는 것에 신중을 기하고 있으며, 위약금이 위약벌로 인정된 경우에 있어서도 이를 공서양속 위반을 이유로 전부 또는 일부 무효를 판단함에 있어 이를 인정할 판례는 많지 않다. 또한 판례는 당사자가 약정한 위약벌의 액수가 과다하다는 이유로 법원이 계약의 구체적 내용에 개입하여 그 약정의 전부 또는 일부를 무효로 하는 것은 사적 자치의 원칙에 대한 중대한 제약이 될 수 있고 스스로가 한 약정을 이행하지 않겠다고 계약의 구속력으로부터 이탈하고자 하는 당사자를 보호하는 결과가 될 수 있으므로, 가급적 자제하여야 한다고 말한다.

아마 이는 위약벌 약정과 같은 사적 자치의 영역을 일반조항인 공서양속을 통해 제한적으로 해석함에는 신중을 기해야 한다는 논리에서 비롯된 것이라 볼 수 있다.⁹²⁾ 그러나 왜 손해배상액의 예정과 달리 위약벌의 감액에만 이토록 엄격한 잣대를 두어야 하는 것인지에 대해서는 의문이 남는다. 민법 제398조 제2항은 채권자가 부당하게 많은 배상을 받음으로부터 채무자를 보호하기 위한 취지에 입각한 규정이라 할 것인데 오히려 채무자 보호에 대한 필요성은 손해배상액의 예정보다 위약벌에서 더 강하게 나타난다 할 수 있을 것이다. 손해전보를 주로 하는 손해배상액의 예정에

92) 김동훈, 전제 논문, 104면.

도 감액을 인정한다면, 채권자의 손해와 무관하게 공짜처럼 주어지는 위약벌에 대하여는 당연히 감액이 인정되어야 한다. 더욱이 손해배상액의 예정의 경우 그 예정된 배상액을 청구하는 것 외에는 특약이 없는 한 추가 손해에 대한 배상을 청구할 수 없지만 위약벌을 정한 경우 이와 별도로 손해배상을 청구할 수 있다는 점에서 오히려 위약벌에 감액을 인정할 필요성이 크다. 뿐만 아니라 손해배상액의 예정과 함께 위약벌이 약정되어 있다면 전자에 의해 손해의 전부 또는 대부분을 배상받는 외에 위약벌까지 전액 지급받게 됨으로써 채무불이행이 채권자에게 과도한 이득을 주게 되는 결과를 초래할 수 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.⁹³⁾

이러한 문제를 해결하기 위해 위약벌에 대해 민법 제398조 제2항의 유추 적용을 반대하는 판례의 견해에 맞서 공서양속 위반을 이유로 위약벌의 무효 또는 일부무효를 판단하는 불필요한 우회로를 거치느니 차라리 정면에서 손해배상 예정액의 감액이 위약벌의 경우에도 유추 적용됨을 승인해야 한다는 주장이 존재한다.⁹⁴⁾ 생각건대, 위와 같은 이유들을 고려한다면 위약벌에도 민법 제398조 제2항이 유추 적용되어야 함이 타당하다. 배상적 기능을 갖는 손해배상액의 예정에 대하여는 감액을 인정하면서 제재적 기능을 갖는 위약벌에 대해서는 감액을 인정하지 않는다면 평가 모순이라 할 수 있으며 계약공정의 원리와 합리적 손해배상의 원리에 따른 위약금 감액의 필요성과 정당성은 손해배상액 예정과 위약벌에서 달라질 이유가 없고 위약금의 지급이 채무자에게 부당한 압박을 가하여 공정성을 잃는 결과를 초래한다면 손해배상액의 예정이든 위약벌이든 감액을 인정하여야

93) 지원림, 전제 논문, 36면.

94) 박윤직 편집대표, 전게서, 686면 (양창수 집필부분); 서민, “손해배상액의 예정”, 민사법학 제7호, 1998, 189면 등.

할 것이다. 만약 위약벌에 있어 민법 제398조 제2항이 유추 적용된다면 감액의 기준은 어떻게 설정해야 할지가 문제 된다. 생각건대 위약벌 감액에 있어 그 기준은 손해배상액의 예정의 감액 기준과 동일할 수는 없을 것이다. 위약벌의 감액 기준으로 일률적 기준을 두기는 어려울 것이고 개별적 사안에서 제재적 요소가 얼마나 강한지에 따라 위약벌 약정이 제재의 목적을 넘어서 폭리를 취할 목적이 강할 경우 법원이 적절히 감액할 수 있도록 해야 할 것이다.

판례가 손해배상액의 예정과는 달리 위약벌에 사적 자치를 강조하는 것 또한 위에서 살펴본 바와 같이 공서양속의 위반을 이유로 무효를 인정함에는 본래 신중하고 엄격한 판단이 필요했을 것이기에 민법 제398조 제2항의 유추 적용을 통한 감액이 허용되었다면 위약벌의 전부 또는 일부 무효를 인정하지 않았던 일련의 판결들에도 변화가 있었을 것이다. 위약벌에도 민법 제398조 제2항을 유추 적용하여 감액을 허용한다면 공서양속을 위반을 이유로 전부 또는 일부 무효로 감액과 같은 결과를 도출해 내는 것보다 더욱 수월할 것이며 위약벌에 가까운 경우에도 감액에 관한 규정에 의해 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별을 명확히 하지 못하게 되는 우려에서도 벗어날 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

95) 이와 관련하여, 위약금 약정에 관한 법무부 민법 개정안은 이를 입법적으로 해결하려는 시도를 하였다. 개정안의 내용을 살펴보면 민법 제398조의 표제를 ‘배상액의 예정’에서 ‘위약금’으로 바꾸고, 제1항을 개정하여 손해배상액의 예정이 아니라 위약금을 정할 수 있다고 정하고 있는데, 이는 민법에서 위약금 약정의 일부인 손해배상액의 예정만을 규정한 것이 아니라 위약벌을 포함한 위약금 약정 전체에 관하여 규율하기로 선언한 것으로 볼 수 있다. 또한 개정안에서는 현행 민법과 달리 ‘위약금’이 부당히 과도한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다고 정하고 있다.

IV. 소결

우리 민법 제398조 제2항은 “손해배상의 예정액이 부당히 과다한 경우에는 적당히 감액할 수 있다.”라고 규정하여 손해배상의 예정액에 대해서는 감액을 허용하고 있으며 위약벌의 경우 공서양속에 반하여 전부 또는 일부 무효가 인정될 수는 있어도 민법 제398조 제2항에 의하여 감액될 수 없다는 태도를 취하고 있다.

위약벌 감액 여부에 대한 판례의 태도에 대해 판례가 일부 무효를 인정하게 되면, 이는 실제로 위약벌에 감액을 인정하는 것과 동일한 결과를 가져오는 것이므로 공서양속 위반을 판단하는 불필요한 우회로를 거치느니 차라리 정면에서 손해배상 예정액의 감액이 위약벌의 경우에도 유추 적용됨을 승인해야 한다는 견해 있다. 생각건대, 위약벌에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해가 타당하다.

민법 제398조 제2항에서 인정하고 있는 손해배상액의 예정의 감액 규정의 의의는 대법원 1991.3.27. 선고 90다14478 판결을 통해 살펴볼 수 있다. 위 판결에서는 “계약자유 원칙은 사적소유권 절대의 원칙 및 과실책임의 원칙과 더불어 근대사법의 기초를 이루고 있으나 계약자유의 무제한한 허용은 경제적 약자의 지위에 있는 계약당사자를 부당하게 압박하여 가혹한 결과를 초래할 수 있으므로 국가는 당사자 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정성을 보장하기 위하여 계약의 체결 또는 그 내용에 간섭할 필요가 생기며, 민법 제398조 제2항이 규정하고 있는 손해배상 예정액의 감

액도 위와 같은 계약 자유의 원칙에 대한 제한의 한 가지 형태에 다를 아니다. 그러므로 계약자유 원칙의 제한은 민법의 지배원리인 신의성실의 원칙의 바탕 위에서 공정성 보장을 위하여 필요한 한도 내에서 이루어져야 하며 이러한 한도를 외면한 자의적인 제한은 계약자유 본질을 침해하는 것이어서 허용될 수 없음을 유념하여야 할 것이다.”라고 판시하고 있다. 즉, 손해배상액의 예정의 감액은 국가가 계약 당사자들 사이의 실질적 불평등을 제거하고 공정을 보장하기 위해 계약의 내용에 간섭한다는 데 그 취지가 있다고 할 수 있다.

제 2절의 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 관한 일련의 판례에서도 살펴 봤듯이 위약벌 판단에 있어 신중을 기하는 태도는 예정된 배상액을 손해배상액의 예정으로 이해하는 범위를 넓힘으로써 민법 제398조 제2항에 의한 법원의 손쉬운 개입을 가능하게 하기 위함이라고도 할 수 있다. 위에서 소개한 손해배상 예정액의 감액에 관한 판례들을 살펴보면 손해배상의 예정액을 부당히 과다하다 하여 감액을 인정한 사례들이 적지 않음을 알 수 있다. 또한 부당히 과다하지 않다고 본 사례에서도 원심에서는 쉽게 감액을 인정하고 있음을 볼 수 있다. 그러나 손해배상액의 예정이 법원의 재량으로 감액이 가능하다고 하여, 감액 결정을 쉽게 판단해서는 안 될 것이다. 계약 체결에 있어 위약금 약정이 일방 당사자의 압박에 의해 체결된 것이 아니라면 계약 당사자들이 나름 합리적으로 정한 손해배상액에 대해 법원이 지나치게 개입하는 것은 자제하여야 한다. 그러므로, 계약 당사자들이 합의로 정한 손해배상액의 예정을 감액하는데 있어 ‘부당히 과다함’을 판단함에 법원은 신중을 기해야 할 것이다.

위약벌의 경우에도 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해가

곧 법원이 위약벌의 감액을 쉽게 판단해도 된다는 의미는 아니다. 위약벌의 경우 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해는 배상적 기능을 갖는 손해배상액의 예정에 대하여는 감액을 인정하면서 제재적 기능을 갖는 위약벌에 대해서는 감액을 인정하지 않는다면 평가 모순이라 할 수 있고 계약 공정의 원리와 합리적 손해배상의 원리에 따른 위약금 감액의 필요성과 정당성은 손해배상액 예정과 위약벌에서 달라질 이유가 없다는 것에 있다. 위약벌이 민법 제 398조 제2항을 유추 적용 할 수 있다 하더라도 손해배상액의 예정과 위약벌 모두 법원이 쉽게 개입하여 감액 결정을 내려서는 안될 것이다.

제 3 장 영국에서의 논의

제 1 절 영국에서의 위약금 약정(Agreed Damage Clause)

I. 손해배상액의 예정(liquidated damages)과 위약벌(penalty)

1. 서설

양 당사자들이 계약을 체결한 후 그 일방이 계약을 위반할 경우 일정한 금액을 지급하기로 약정함으로써 계약 위반에 기해 받을 수 있는 손해배상액의 예측의 어려움과 불확실성을 제거할 수 있다. 영국법에서 이러한 약정은 손해배상액의 예정(liquidated damages)과 위약벌(penalty)로 나뉜다. 이러한 약정은 손해배상액을 둘러싼 분쟁 및 소송을 방지하여 그로 인한 시간과 노력을 줄이고 소송의 비용을 경감하기 위한 것이다. 또한 채권자로서는 손해배상 청구에 있어 손해발생 및 그 액수에 대한 증명의 어려움에서 벗어날 수 있기 때문에 유용한 제도라 할 수 있다.⁹⁶⁾ 더 나아가, 위약금 약정은 채권자에게 채무이행을 확실하게 보장하는 기능을 가

96) H. Beale, Chitty on Contracts, 31th ed, Vol. 1, 2012, p.1864.

지는 반면, 동시에 채무자에게도 예정된 배상액 이상의 손해발생에 대하여 책임을 부담하지 않는다는 장점을 가지고 있다.⁹⁷⁾ 또 다른 장점은 채권자에게 비교적 완전한 손해배상을 보장할 수 있다는 점을 들 수 있다. 영국의 보통법적 손해배상의 체계에서 채권자는 비금전적인 손해배상액에 대한 추정 금지로 인해 주관적이거나 특이한(idiosyncratic) 금액의 손해에 대해 배상 받지 못한다. 이에 대해 Goetz와 Scott은 당사자들은 보통법적 손해배상체계를 통해 배상 받을 수 있는 배상액을 초과하여 손해배상액을 예정함으로서 위와 같은 이익을 보호 받을 수 있다는 점에서 손해배상액의 예정이 중요한 역할을 가지고 있다는 견해를 제시한다.⁹⁸⁾

손해배상액의 예정은 계약당사자가 채무불이행이 있는 경우에 발생할 것으로 예견되는 손해를 배상하기 위해 합리적인 고려를 통하여 사전에 추정된(pre-estimated) 예정액으로서 채무불이행시에 약정액만이 지급되는 손해전보의 방법이다.⁹⁹⁾ 이러한 약정이 있을 경우, 채권자는 자신에게 발생한 실제 손해액이 예정된 배상액보다 적더라도 예정된 배상액을 청구할 수 있으며, 채무자는 실제 손해액이 예정된 배상액보다 적음을 입증하여도 감액을 청구할 수 없다.¹⁰⁰⁾ 반대로 실제 발생한 손해의 액수가 예정된 배상액보다 크더라도 채권자는 예정된 배상액 이상을 받을 수 없다. 예정된 배상액이 손해배상액의 예정으로 판단되면 이는 원칙적으로 유효하지만 영국 소비자계약상 불공정 조항에 관한 규정(Unfair Terms in

97) Y. Spiegel, On the Economic Efficiency of Liquidated Damages, Economics Letter Vol. 45 No.3, 1994.7, p.379.

98) C.J. Goetz and R.E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77 Columbia LR, 1977, p.554; 미국 문헌이나 영국법에 참조할 논의이다.

99) Jill Poole, Casebook on Contract Law, 9th ed, 2008, p.455.

100) 박윤직 편집대표, 전게서, 645면 (양창수 집필부분).

Consumer Contracts Regulation 1999)의 통제를 받는다.¹⁰¹⁾

그러나 당사자들의 약정의 목적이 계약 위반에 의해 발생할 손해에 대한 사전 추정 예정액이 아니라 당사자 일방에게 그의 계약상 의무를 이행하도록 하는, 이른바 채무자를 압박함으로서(in terrorem) 채무의 이행을 강제하도록 하는 제재적(punitive) 성격을 띄는 경우, 그러한 약정은 위약별로 이 약정은 무효가 되며 이때 채권자는 따로 구체적인 손해의 발생과 그 액을 증명해야 한다.

2. 위약벌 무효 법리의 형성

영국에서 위약벌의 효력을 전면적으로 부정하는 위약벌 무효 법리는 일반적으로, 이른바 조건부 날인금전채무증서(conditional penal bond)에 대해 형평법원(equity court, Court of Chancery)이 그 효력을 부정한 데서 비롯되는 것으로 이해되고 있다.

중세 영국의 보통법에서는 날인이 있는 증서가 없으면 금전의 지급 또는 동산의 인도 이외의 무엇인가를 행한다고 하는 합의를 강제적으로 실현할 수 없었다. 즉, 합의에 기초하여 소송을 제기하기 위해서는 합의의 증거로

101) 이 규칙은 물품이나 서비스의 상업적인 매도인이나 공급자와 소비자 사이의 계약(소비자계약)의 표준 조항들이 소비자에게 불공정한 경우에 소비자를 구속하지 못한다고, 즉 소비자에 대해서는 무효라고 규정하고 있다. 이 규칙은 ‘그의 의무를 이행하지 않은 소비자에게 균형에 맞지 않는 고액의 손해배상을 지급할 것을 요구하는’(requiring any consumer who fails to fulfil his obligation to pay a disproportionately high sum in compensation) 소비자계약의 조항은 불공정한 것으로 추정하고 있다(부속세칙(sch) 제 2의1조 (e)). 따라서 이러한 소비자계약의 조항은 무효로 추정되고 있다. 이호정, 전게서, 555면; 이 규정은 법원이 계약 조항과 관련된 모든 상황-특히 계약이 불공정하게 합의된 경우-를 통제할 수 있도록 한다. P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract. 6h ed, 2005, p.394.

써 피고의 날인증서가 필요하였다. 날인계약소송(action of covenant)의 경우 채권자가 채무자를 상대로 채무이행을 구하는 소송을 제기하더라도 소송계속 중에 피고가 채무를 이행하면 소송은 종료되며 채권자는 그 동안의 채무자의 계약 위반에 따른 손해배상을 청구할 수 없었다. 여기서 당사자들은 날인증서에 의한 계약체결시에 장차 계약상의 채무를 이행하는 것을 해제조건으로 하여 채무자가 채권자에게 일정한 금액을 지급하기로 약속하는 날인증서인 조건부 날인금전채무증서를(conditional bond) 함께 작성해 두었다.¹⁰²⁾ 따라서 이행을 직접 약속하는 날인계약 대신에 조건부 날인금전채무증서를 이용하게 되었다.¹⁰³⁾

그런데 조건부 날인금전채무증서를 이용하는 채무자가 경제적으로 급박하거나 자신의 채무이행에 관해 낙관하여 그와 같은 합의를 하게 됨으로써 채무의 이행을 하지 못하고 약정된 금액을 지급하여야 하는 사례들이 발생하였다. 이 경우에 조건부날인 금전채무증서는 실질적으로 이 증서상의 채무가 아닌 별개의 약정이었으며, 법원은 채무 그 자체를 강제하는 것이 아니라 조건부 날인금전채무증서상의 약정을 강제하는 것이다. 보통 법원은 당사자의 자유를 존중하여 그 약정이 사기, 착오, 불능 등을 이유로 하지 않는 한 그대로 따를 것을 명하였다. 따라서 조건불성취에 의하여 지급되어야 할 금액이 손해와 비교하여 과대한 경우가 발생하게 되었다.¹⁰⁴⁾

그러나 17세기에 이르면서 계약 위반의 경우 채무자로 하여금 조건부 날

102) 이는 일정액의 금전 지급을 약속하는 것이지만 이것에 해제조건을 붙여 일정한 기일 까지 특정한 행위를 하면 증서의 효력을 잃게 하는 것이다. 이는 위약금의 기능을 하는 것으로서 제재적 날인 금전채무증서(penal bond)라고도 불렸다.

103) S. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed, 1981, p.243-251.

104) 최창열, 전게 논문, 66면.

인금전채무증서에서 정한 금액을 그대로 지급하도록 강요하는 것은 가혹한 결과를 가져올 뿐만 아니라 채권자인 사인이 채무자에게 벌을 부과하는 것은 비도덕적이라는 사고가 생겨나게 되었으며, 형평법원은 조건부 날인금전채무증서로부터 채무자를 구제하기 시작하였다. 즉, 보통법원에 의해 이 증서에 따른 금액을 지급하라는 판결을 받은 채무자가 형평법원에 구제를 요청하는 경우 형평법원은 보통법원의 판결의 집행을 정지시키고 사건을 다시 보통법원으로 이송하여 거기서 구체적으로 손해배상액이 결정되도록 하였다.¹⁰⁵⁾ 다만 형평법원은 계약 위반에 따른 실손해액을 확정하는 것이 불가능하거나 매우 곤란한 경우, 또는 증서상의 약정액이 소액인 경우에는 조건부 날인금전채무증서의 효력을 부정하지 않았다.¹⁰⁶⁾

이와 같이 조건부 날인금전채무증서의 효력을 원칙적으로는 부정하고 예외적인 경우에만 그 효력을 인정하는 판례의 입장은 그 뒤 계약 위반의 경우 위약벌 약정의 효력 판단에 대해서도 영향을 미쳤다. 그리고 이는 오늘날 영국법에 있어서의 손해배상액 예정과 위약벌 법리의 기원을 이루게 되었다.

105) A. Simpson, A History of the Common Law of Contract, 1975, p113-121.

106) 그 대표적인 사례로 1670년 형평법원의 Tall v. Ryland 판결(1 Chan. Cas. 183, 22 Eng. Rep. 753)이 제시된다. 이 사건에서는 이웃 가게 상품을 비방하지 않을 것을 해제조건으로 20 파운드를 지급하기로 약정하는 조건부 날인금전채무증서가 교부되었다. 이 사건에서 형평법원은 약속위반에 따른 손해를 산정하는 방법이 없기 때문에 당사자들이 약정한 금액을 채택할 수밖에 없다고 판단하였다(그 밖에 당사자들이 약정한 금액이 소액인 반면에 그때까지 소송비용이 증가한 점도 지적되었다). A. Simpson, A History of the Common Law of Contract, 1975, p.251.

제 2 절 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별

I. 구별의 의의

채무불이행이 있는 경우, 위약자가 상대방에게 일정한 금액을 지급하기로 약정한 경우 예정된 배상액이 손해배상액의 예정으로 판단되면 그 약정은 유효하나 그 약정이 위약벌로 판단되면 효력이 부정된다. 그러나 위약벌로 판단된다고 하여 손해를 배상받을 수 없는 것은 아니며 일반 원칙에 의해 채권자가 손해의 발생, 인과관계 및 손해의 액 등을 입증하여 손해배상을 청구할 수 있다. 그러므로 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별은 중요한 문제가 된다. 영국법에 있어서 계약 위반에 대한 법적 구제의 기본 원칙은 계약 위반에 의해 발생한 손해를 정당하게 배상하는 것이다.¹⁰⁷⁾ 그러나 예정된 배상액이 실제 발생한 손해액에 일치되는 것은 드문 일이다. 그렇기에 실손해와 어느 정도의 차이를 허용할 필요가 있다 해도 손해에 대한 정당한 배상액을 부당히 초과하는 것을 영국법에서는 인정하지 않고 있다. 그러므로, 어느 정도부터 그 효력이 부인되는 위약벌로 판단하여야 하는지는 중요한 문제가 된다.¹⁰⁸⁾

107) Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 20th ed, 1991, p.620.

108) 최창열, 전게 논문, 69면.

II. 구별 기준

1. 서설

위에서 살펴본 바처럼 영국에서는 위약벌에 대해 그 효력을 전면적으로 부정하고 있으며 손해배상액의 예정만을 인정하고 있기 때문에, 종래 영국 판례는 양자의 구별 기준에 대해서 일련의 상세한 준칙을 발전시켜 왔다. 우선 양자의 구별은 계약 해석의 문제라 할 수 있으며, 판단의 기준 시점은 계약 위반시가 아니라 계약 체결시이다. 즉, 계약 체결시의 주위 사정과 계약 내용의 해석에 의하여 판단하는 것이다. 양자의 구별에 있어서 중요한 것은 당사자의 의사이며 예정된 배상액이 위약벌에 해당한다는 입증책임은 위약자가 부담한다. 그리고 위약금 약정시 당사자들이 위약벌 (penalty)이나 손해배상액의 예정(liquidated damages)이라는 용어를 사용하고 있다고 하여도 사용되고 있는 표현이 결정적인 판단 기준은 아니다. 계약에서 당사자들이 사용한 위약벌 또는 손해배상액의 예정이라는 용어로부터 당사자들의 의도를 추정할 수 있을 지는 몰라도 이러한 문구가 양자를 구별하는 데 있어 결정적인 요소는 아니며 법원은 약정액이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지를 구별해내야 한다.¹⁰⁹⁾

어떤 계약 조항이 위반 당사자의 계약 이행을 강제하기 위해 “위반 당사자를 압박하는 의미로 규정된 금원의 지급”을 허용할 경우, 그 조항은 위

109) G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 14th ed, 2015, p.1200; H Beale, *Chitty on Contracts*, 31th ed, Vol. 1, 2012, p.1864.

약벌이다. 반면에 계약 조항의 순수한 취지가 계약 위반으로 발생할 손해를 당사자들이 사전에 추정하고자 하는 것일 경우에 이는 손해배상액의 예정이다. 이는 예정된 배상액이 피해 당사자의 손해와 정확히 같지 않더라도 그러하다. 규정된 금액이 실제 손해(actual loss)의 성실한(genuine) 사전 추정(pre-estimate)일 경우에는 약정을 오래 전에 체결하여 해당 손해의 일부를 회복할 수 없을 경우에도 유효한 것으로 보인다.¹¹⁰⁾ 이하에서는 오랫동안 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별함에 있어 초석이 되는 선례였던 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. New Garage & Motor Co. Ltd* 판결¹¹¹⁾에 대해 살펴본다.

2. Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd case

1) 사실관계

Dunlop Tyres와 New Garage & Motors는 타이어를 계약서에 기재된 가격보다 낮게 되팔지 않기로 하는 약정을 하였으나 New Garage & Motors는 이를 위반하였다. 계약 내용에는 이를 어길 시 New Garage & Motors가 타이어 하나당 5파운드를 지급해야 하며 이는 위약벌이 아닌 손해배상액의 예정이라고 명시되어 있었다.

110) G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 14th ed, 2015, p.1200; H Beale, *Chitty on Contracts*, 31th ed, Vol. 1, 2012, p.1864.

111) [1915] AC 79.

귀족원(House of Lords)은 이에 대해 계약 당사자들끼리 “위약벌이 아닌 손해배상액의 예정”이라 정하였다면 그들의 의사에 따라 해석할 것이지만, 그 표현이 명확하지 않다면 법원이 예정된 배상액이 위약벌인지 손해배상액의 예정인지를 결정해야 함을 판시하였다. 이에 덧붙여 위약벌은 당사자를 제재하는 것에, 손해배상액의 예정은 성실히 손해를 배상하는 것에 기초를 두는 것이라 설명하였다. 이 사안에서는 New Garage & Motors가 고정된 가격으로 제품을 판매할 것을 약정하는 계약 조항과 이 조항을 위반할 시 지급할 금액에 관해 이는 손해배상액의 예정이며 위약벌이 아니라는 내용에 동의했다 볼 수 있다고 하여 위 조항을 손해배상액의 예정이라 판단하였다. 이에 대해 New Garage & Motors는 위 조항이 위약벌이라 항소하였으나 받아들여지지 않았다.

2) 더니딘 판사(Lord Dunedin)의 4대 해석 규칙과 그에 대한 검토

Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd 판결에서 Dunedin 판사는 다음과 같은 네 가지의 해석 규칙을 공식화하였다

(a) 제 1 규칙은 예정된 배상액이 계약 위반으로부터 발생한 손해라고 가정적으로 입증될 수 있는 최대 금액과 비교할 때, 터무니 없이 많고 (extragant) 또 비양심적인(unconscionable)¹¹²⁾ 경우에 그러한 금액을 약

112) 비양심성은 계약 그 자체나 계약의 특정 조항이 지나치게 부당하여 그대로 이행하더라도 하면 비양심적인 결과를 초래할 때를 지칭한다. 비양심성은 계약 체결의 절차가 비양심적인 것일 수도 있고, 계약의 내용이 비양심적인 것일 수도 있다. 예를 들어, 과도한 이익을 얻기 위해 상대방의 처지를 이용하는 것은 비양심적인 것으로 본다. 올란드·

정한 조항은 위약벌로 간주된다는 것이다: 다소 비현실적인 예를 들면, 50 파운드 상당의 건축 공사를 하기로 하는 계약이 만일 건축업자가 공사를 하지 못할 경우 100만파운드를 지급해야 한다고 규정한다면 그 조항은 위약벌이 될 것이다.¹¹³⁾

(b) 제 2 규칙은 계약상의 의무가 금전지급채무인 경우, 그 의무를 위반하였을 때 그것보다 현저히 많은 금액을 지급하기로 약정하였다면 그 금액은 위약벌이라는 것이다. 왜냐하면 이 경우 계약 위반으로부터 발생하는 손해는 정확히 확정 지을 수 있으므로, 그것보다 많은 금액을 정한 것은 발생 가능한 손해를 미리 산정한 것이 될 수 없기 때문이다. 예컨대, 채무자가 계약에 따라 지급일에 50파운드를 지급하여야 하는데, 그 이행기에 지급을 지체하면 1,000파운드를 지급할 책임을 지게 하는 조항은 위 규칙에 따라 위약벌 조항이 될 것이다.

위 규칙은 비양심적 거래(unconsonable bargains)¹¹⁴⁾를 개선하기 위한 형평법 법리(equitable jurisdiction)에 따라 공식화 되었다. 그러나 한편으로는 공정한 계약의 경우에도 적용될 수 있다는 문제를 지적할 수 있다. 한 예로, Betts v Burch¹¹⁵⁾ 판결에서 계약 당사자들은 공공주택(public house)의 가구 및 재고품 매매계약에서 일방 당사자가 채무를 불이행할 경우 상대방에게 50파운드를 지급해야 한다고 규정하였다. 법원은 이를

휴빌 편/김재형 역, 유럽계약법원칙 제 1·2부, 박영사, 2013.

113) Clydebank Engineering and Shipbuilding Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda [1905] AC 6 at 11 판결에서 Halsbury 판사에 의해 주어진 예.

114) 계약의 일방 당사자가 상대방의 빈곤이나 무지를 고의로 이용하여 그러한 사람으로부터 실제 가치에 비하여 현저히 낮은 가격으로 재산을 매수한 경우, 취약한 당사자는 그러한 계약을 무효로 할 수 있다. Fry v Lane [1888] 40 Ch.D. 312 참조) 올란도·휴빌 편/김재형 역, 전게서, 401면.

115) [1859] 157 ER 938.

전체적으로 공정한 거래라고 보았지만, 매수인은 단 1파운드의 지급을 불이행할 경우에도 50파운드를 지급해야 할 것이기 때문에 그 조항을 위약벌 조항으로 판시해야 했다.¹¹⁶⁾

공정한 거래라 판단되는 사안에 있어서 법원들은 위 규칙의 적용을 꺼리는 모습을 보인다. 위 규칙의 적용을 회피하는 하나의 방법은 제재적 성격을 띠는 약정을 좁게 해석하는 것이다. Wallis v Smith¹¹⁷⁾ 판결에서는 토지를 택지로 개발하기 위한 계약에서 피고는 계약 체결 시 선급금으로 500파운드를 지급해야 하여야 했으며 계약에 중대한 위반(substantial breach)이 있을 시 이에 대해 5,000파운드를 지급해야 했다. 피고가 계약의 이행을 거절하자, 원고는 5,000파운드를 청구하여 지급 받았다. 법원은 선급금인 500파운드를 지급하지 않은 것에 대해서는 “중대한 위반”이 아니라고 판시함으로서 본 규칙을 피하였다.¹¹⁸⁾

소정의 금원을 분할불로 지급해야 하는 내용의 계약에서 지급 불이행 시 기한이익이 상실되어 잔액 전체를 즉시 지급해야 한다고 규정되어 있다는 사정만으로는 위 규칙이 적용되지 않는다. 그러한 조항은 채무자의 책임을 증가시키는 것이 아니라 앞당기는 것이라는 점을 이유로 한다(to accelate, not to increase). 그러나 조기 지급은 사실 대개 채무자에게 보다 많은 비용을 부담하게 한다. 엄격한 논리로는 그러한 기한이익상실 조항들은 위 규칙에 해당해야 하는데, 그렇지 않게 판시되어 온 사실은 법원들이 위 규칙의 적용을 꺼린다는 의미로 해석할 수 있다.¹¹⁹⁾

116) G. H. Treitel, The Law of Contract, 14th ed, 2015, p.1201; H. Beale, Chitty on Contracts, 31th ed, Vol. 1, 2012, p.1867.

117) [1882] 21 Ch.D 243.

118) G. H. Treitel, The Law of Contract, 14th ed, 2015, p.1201.

119) (b)에서 설명하는 규칙은 약정된 금액이 터무니없이 많은 경우 뿐만 아니라 50파운드를 이행기에 지급하지 않으면 55파운드를 지급한다고 약정한 경우, 즉 약정된 배상

(c) 제 3 규칙은 서로 다른 액수의 손해를 야기하는 여러 계약 위반들 중의 하나 또는 여러 개에 대해 같은 금액을 지급하기로 정하고 있는 경우 그러한 조항은 위약벌 조항으로 간주한다는 것이다. 즉, 상이한 액의 손해를 야기하는 여러 개의 위반들 중 일부는 심각한 손해를 나머지는 사소한 손해를 야기할 수 있는 경우에 단일한 금액을 지급하기로 규정되어 있으면(single lump sum) 위약벌로 간주되는 것이다. 예컨대, William v Love¹²⁰⁾ 판결에서는 임대차 계약에서 계약 위반이 있는 경우 임차인은 임대차 기간의 마지막 12개월 동안 임차 부동산으로부터 생산된 건초 또는 짚의 매 톤당 3파운드를 지급하기로 정하고 있었다. 법원은 건초는 짚보다 비싸다는 이유로 위 조항을 위약벌로 판시하였다. 위 규칙 하에서, 예정된 배상액이 계약 위반의 중대성에 분명히 비례할 경우, 예를 들면, 임대차계약이 이전 상태로 복원되지 않는 토지에 대해 에이커당 100파운드의 지급을 허용하거나¹²¹⁾ 건설업자가 지연에 대해 주당 500파운드를 지급하기로 동의할 경우에는 그 금액은 위약벌이라고 추정되지 않는다.

비록 실제로 발생한 계약 위반이 매우 중대한 위반이었고 그에 대한 예정된 배상액을 성실한 사전 추정액(genuine pre-estimate)이라고 간주할 수 있더라도, 예정된 배상액이 경미한 위반에 대해서도 지급 될 수 있을

액이 채무금액에 비해 터무니 없이 많지 않은 경우에도 적용된다. 이러한 약정도 위약벌 약정에 해당한다고 하는 견해는 원래 지급기에 도달한 금전을 지급하지 않은 것에 대해서는 어떠한 손해배상도 인정되지 않는다고 하는 오래된 견해 위에 기초하고 있다. (과거, 원본 금액의 지급이 단순히 지체되고 있지만 한 경우에는 계약의 약정이 없는 한 이자의 지급을 청구할 수 없고 변제기에 도달한 금전채무를 지급하지 아니한 데 대해서는 (이자의 지급 외에) 어떤 손해배상도 청구할 수 없다고 생각되어 왔다). 그러나 지금은 이행의 지체가 너무 멀지 않은(not too remote) 특별한 손해를 발생시켰다고 하는 것을 원고가 증명하는 경우 손해를 배상받을 수 있게 되었다. 따라서 이 규칙은 계약 체결 당시 금전지급의 지체가 특별한 손해를 발생시킬 개연성을 가지고 있는 경우에는 적용되지 않을 가능성이 있다. 이호정, 전게서, 553면.

120) [1986] 1 QB 626.

121) Lord Elphinstone v Monkland Iron & Coal Co. [1886] 11 App Cas 322.

경우에는 그 금액은 위약별로 간주된다. 따라서 위 규칙은 전반적으로 공정한 거래들을 무효화할 수도 있게 된다. 법원들은 사전 추정액이 중대한 위반에 대해서만 지급 되는 것이라고 계약을 해석함으로써 위와 같은 결과를 피하기 위해 노력한다. 단지 (실제로 발생하지 않은) 이례적 상황에 대해 예정된 배상액이 원고의 손실을 크게 초과할지도 모른다는 이유만으로 위약금 약정이 무효화 되어서는 안된다는 것이다.¹²²⁾

(d) 제 4 규칙은 첫 번째 규칙으로부터 파생된 규칙이라고 할 수 있는데, 계약 위반의 결과가 정확한 사전 추정을 불가능하게 할 정도의 것이고 이에 더해 예정된 배상액이 발생 개연성이 있는 위반의 결과와 합리적인 관계를 지니고 있는 경우에, 그러한 조항은 유효한 손해배상액의 예정이라는 것이다.¹²³⁾

따라서 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd 판결에서 피고들은 원고들로부터 타이어를 구입했으며, (i) 제조자의 마크를 변조하지 않을 것, (ii) 일반 대중에게 정가 미만으로 판매하지 않을 것, (iii) 원고들이 판매를 중단한 자에게 판매하지 않을 것과 (iv) 원고들의 서면 동의 없이 타이어를 전시하거나 수출하지 않을 것에 동의하였다. 그들은 또한 계약을 위반하여 판매되거나 제공된 매 타이어마다 원고들에게 5파운드를 지급하기로 합의하였다. 그러나 피고는 일반 대중에게 정가 미만으로 판매하여 계약을 위반하였고 법원은 이에 대해 타이어당 5파운드를 지급하기로 한 계약 조항은 위약벌이 아니라고 판시하였다. 서

122) G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 14th ed, 2015, p.1075.

123) 이호정, 전게서, 551면.

로 다른 액수의 손해를 야기하는 여러 계약 위반들에 대해 단일하게 지급해야 하는 금액은 위약벌이라는 추정(제 3규칙)은 “각각의 계약 위반에 따른 손해의 정도가 상이할 지라도, 계약 위반 각각에 의해 초래되는 손해가 정확하게 확인될 수 없는 불확실한 성질의 것”이라는 주장에 의해 적용되지 않았다. 그러나 그런 상황에서조차도 예정된 배상액이 과도할 경우에는 위약벌이 될 것이다.

III. 주요 판례

최근 영국 법원에서 위약벌 무효 법리를 고수하되, 위약벌 판단에 있어 완화된 태도로 접근하여 계약 내용이 무효가 됨을 자제하고자 하는 경향을 보인다. 아래에서는 영국의 위약금 약정에 관한 최근 판례를 살펴봄으로써 영국 법원이 손해배상액의 예정과 위약벌 구별에 어떤 기준을 두고 있는지를 파악해보고자 한다.

1. Cellulose Acetate Silk Co. Ltd v Widnes Foundry Ltd case¹²⁴⁾

1) 사실관계

124) [1933] AC 20.

1929년 3월, 피고(Widenes Foundry Ltd)와 원고(Cellulose Acetate Silk Co Ltd)는 아세톤 제조 공장에 부속품을 공급 및 설치하는 계약을 체결하였다. 계약 내용에는 1929년 7월 27일까지, 즉 18주 이내에 작업이 완성되어야 하며, 기한 내에 완성하지 못할 시에 피고는 원고에게 “주당(per week) 20파운드의 금액을 위약벌 방식으로” 지급하기로 하는 규정이 있었다. 피고는 합의한 날짜에서 30주가 지난 시점에 공사를 완료하였다. 피고가 원고를 상대로 계약상 보수를 소구하자, 원고는 피고의 공사 지연으로 입은 실제 손해의 배상을 청구하는 반소(反訴)를 제기하였으며 그 손해 추정액은 5,850파운드였다.

이에 대해 항소법원(Court of Appeal)은 원고는 피고와 합의한 손해배상액의 예정에 따라 주당 20파운드를 받을 권리만 있으므로, 피고는 원고에게 600파운드(30주 x 20파운드)만을 지급할 의무가 있다고 판결하였다.

2) 판결

귀족원(House of Lords)에서 Atkinson 판사는 양 당사자들이 주당 20파운드 지급으로 의미했던 바가, 작업 지연의 경우에 대한 손해배상액의 예정이었다고 보았다. 또한 이 사건에 관련된 피고의 작업은 자신이 책임을 부담하기 어려운 영역이 속해있는 원고의 대규모 사업에 부속품을 공급하는 것임을 지적하였다. 원고의 사업 범위가 매우 크고 그에 따른 비용은 피고가 감당할 수 있는 정도를 능가하는 것이므로, 피고는 이러한 경우를 대비하여 사업상의 예방 조치 또한 마련해 두었다. 이하에서는 피고와 원고가 합의하였던 예방 조치 조항인 (x) 조항의 내용에 대해 살펴본다.

(x) “우리는 인도 일자를 지정하기는 하겠지만, 그 날짜를 지키지 못하는 것에 대해 손해배상액을 지급하는 책임을 인정하지는 않을 것이다. 왜냐하면, 만약 우리가 의무 불이행으로 당신들의 사업 전체를 중단시킨다면, 그 손해배상액이 이 거래로부터 우리가 얻을 수 있는 이익을 훨씬 더 능가할 수도 있기 때문이다. 우리는 그러한 위험을 부담하지 않을 것이다.”

위 조항에서 볼 수 있는 것처럼, 피고는 작업 지연에 대한 책임을 지는 것에는 동의하지 않았다. 원고는 1929년 2월 16일에 원고 자신에게 보내진 첫 번째 견적서 양식에서 이러한 통보를 충분히 인지하였을 것이다.

이 사례에서 Atkinson 판사는 위 약정은 위약벌이라는 문구를 사용하고 있으나, 계약 해석상 그 내용은 지연된 기간에 대한 배상 금액을 예정해 놓은 것이라 판단하였다. 이에 덧붙여, 예정된 배상액이 실제로는 손해배상에 대한 성실한 사전 추정액이 아닐 수 있음에도 동의하였다. 그는 양 당사자가 실제적인 손해배상액이 주당 20파운드보다 훨씬 더 많을 것으로 여겼겠지만, 예정된 배상액이 손해배상으로서 이를 충당할 의도였고, 피고가 지급하기로 한 예정된 배상액은 손해배상액의 예정임이 명백하다고 생각하였다. 또한, 피고가 공사 지연 시 주당 20파운드를 지급하겠다고 하는 계약을 체결하면서, 실제로는 모든 손해에 대하여 완전한 배상금을 지급하는 책임을 지기로 했다고 할 수 없음을 강조하였다.

이러한 이유로, Atkinson 판사는 원고는 손해배상액으로 합의한 주당 20파운드만을 배상 받을 권리가 있고 예정된 배상액이 위약벌이라는 경우를 고려해 본다는 것은 불필요할 것이라 하며 항소법원의 판결을 지지하였다.

2. *Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong case*¹²⁵⁾

1) 사실관계

원고(Philips Hong Kong Ltd)는 1986년 11월 24일, 신계 지역(New Territories)의 사텐 구와 취안완 간의 도로 터널을 위한 컴퓨터 하드웨어 및 소프트웨어, 그리고 폐쇄회로 텔레비전 감시 시스템을 공급하는 계약을 피고인 홍콩 정부(The Attorney-General of Hong Kong)와 체결하였다. 위 계약의 제29조¹²⁶⁾에는 기한 내에 계약을 이행하지 못할 경우, 손해배상액의 예정으로 일당 74,104 달러를 지급해야 한다고 규정되어 있었다. 제29조 제4항에는 만약 일부 구간을 완료하여 도급인에게 인도하면, 손해배상액의 예정은 “공사 구간 중 완료한 구간은 해당 되는 금액 비율만큼” 감액되어야 한다고 규정하였다. 또한 특정 구간의 공사 지연에 대한 손해배상액의 예정에 관한 조항도 있었다.¹²⁷⁾

125) [1993] 61 BLR 49.

126) “제 29조. 지연에 대한 손해배상액 예정.

29.1 수급인이 전체 공사 또는 일부를 준공하지 못하거나 제27조에 명시된 기한 내 또는 연장 기한 내에 지정된 준공 범위를 달성하지 못하거나 준공 검사를 완료하지 못하거나 부당하게 지연하는 경우, 그러한 불이행에 대하여 수급인은 제27조에 명시된 기한 또는 경우에 따라 연장 기한과 공사 또는 그 관련 구간 또는 관련 준공 지정 범위의 준공일 사이 경과되는 매일 또는 하루의 부분에 대해 위약벌로서가 아닌 손해배상액 예정으로서 부속합의서에 언급된 금액을 도급인에게 지급해야 한다.

29.4 만일 공사 준공 전 공사의 어느 구간이 도급인에 의한 요구로 도급인에 의해 점유 또는 사용되고 제31조 (인도)에 따라 엔지니어에 의해 준공된 것으로 확인되었을 경우, 전체 공사 지연에 대해 명시된 손해배상액 예정(있다면)은 그러한 인증 이후 지연 기간에 대해서는 그렇게 인증된 그 구간의 금액이 전체 공사에 대하여 차지하는 비율로 감액되어야 한다. 그러나 특정 구간의 작업을 먼저 완료했을 시 감액된 손해배상액의 예정이 입찰서에 명시된 금액 최소 금액보다 낮아선 안된다.

127) 위 사안의 경우, 공사는 엔지니어가 36주까지 통보하는 날짜에 시작하여 195주까지 준공되어야 했다 (160주 동안). 지정된 시간 내에 전체 공사를 준공하지 못한 것에 대

원고는 계약에 정해진 위약금 약정이 위약벌에 해당한다고 주장하였다. 그 근거로는 제29조는 불명확하고 강제할 수 없는 조항이므로 법적 구속력이 없으며, 원고는 이 사건 공사 완공에 관한 어떤 위약금도 피고에게 지급할 법적 책임이 없다는 것이었다.

2) 판결

고등법원(High Court)은 예정된 배상액이 손해배상액의 예정이라면 제29조 제4항이 특정 구간의 공사 지연에 대한 손해배상의 예정액을 규정하고 있기 때문에 원고가 더 많은 작업을 하면 할수록 실손해보다 더 많은 배상을 해야 하는 상황이 초래될 수 있는 가능성이 존재하여 이는 성실한 사전 추정액에 해당하지 않으며, 제29조 제4항의 내용은 상이한 구간에 대하여 상이한 금액을 손해배상의 예정액으로 명시하고 있지 않으므로 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage Motors Co. Ltd 판결에서 기술된 원칙(제 3 규칙)에 해당할 여지가 있다고 판시하였다.

또한 본 계약의 제29조 제4항에는 모호하다고 볼 수 있는 내용들이 존재한다고 판단하였다. 그러므로, 위 사안에 대해 작성자 불리(不利) 원칙(*contra proferentem principle*)이 적용될 수 있다고 보았다. 계약서는 아마도 홍콩 정부가 주도적으로 작성했을 가능성이 높으며, 약정이 모호할 경우에는 작성자에게 불리하게 적용한다는 원칙에 의해 위 조항을 위약벌이라 판시하였다.

한 손해배상액 예정 금액은 부속합의서에 명시된 수치로 하루에 74,104달러였다. 부속 합의서에는 중요일자를 준수하지 못하는 지연에 대한 손해배상액 예정 금액도 명시되었다. 언급된 금액은 손해배상액 예정 금액과 관련된 공사의 구간에 따라 달랐다.

이에 대해 항소법원(Court of appeal)에서 Mayo 판사는 제29조에서 규정하고 있는 지연에 대한 손해배상액의 예정에 관한 내용은 불명확한 부분들이 있으며 이는 성실한 사전 추정액에 해당하지 않다는 고등법원의 판단에 동의하였다.

또한 제29조 제4항 단서에서 규정하고 있는 “공사 구간 중 먼저 작업을 완료했을 시 그 비율만큼 감액한 손해배상액의 예정은 입찰서(Form of Tender)에 명시된 금액의 최소 금액보다 낮아서는 안된다.”는 조항에 대해 제29조가 작업이 완성되었을 때 예정된 배상액을 감액하도록 규정하고 있지만 단서에서 손해배상액의 예정 금액이 입찰서에 명시된 최소 금액 이하로 줄어드는 것을 방지하기 때문에 위약벌이라는 결론을 내렸다. Mayo 판사는 단서 조항으로 인해 어찌면 예상 손해에 대한 성실한 사전 추정치일 수 있는 손해배상의 예정액보다 더 큰 금액을 지급해야 하는 상황이 존재할 수 있음을 감안하여 위와 같이 판시하였다. 또한 Mayo 판사는 제29조 제4항이 적용될 수 있는 가능성과 그러한 상황이 발생할 경우 따라올 결과로 인해, 위 조항은 위약벌이라는 원고의 주장을 받아들였다.

이에 대하여, 추밀원(Privy Council)의 Woolf 판사는 제29조 제4항의 단서가 적용되기 위해서는, 작업의 구간이 도급인에 의해 점유 또는 사용될 수 있어야 하고 제31조에 따라 준공된 것으로 엔지니어에 의해 확인되어야 함을 언급하였다. 그러나 위 사안에서 논의되는 작업의 어느 구간도 위 조항에 해당되지 않으며 따라서 조항의 단서 또한 위 사안에서 예정된 배상액에 영향을 미치지 않기 때문에 위 조항으로 인해 예정된 배상액을 위약벌이라 판단할 수 없다고 하였다. 그러므로 제29조 제4항의 내용은

상당한 구간에 대하여 상당한 금액을 손해배상의 예정액으로 명시하고 있지 않기 때문에 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage Motors Co Ltd 판결에서 기술된 원칙(제 3 규칙)에 해당할 여지가 있다는 주장에 대해 이 사안에서는 적용되지 않는 내용이며 이 사안에서 손해배상액의 예정을 지급할 책임을 발생시키는 쟁점은 작업의 지연이라는 점을 언급하였다.

또한 Woolf 판사는 계약 당사자 중 일방이 계약 조건의 선택과 관련하여 상대방을 지배할 수 있는 상황들을 제외하면, 손해를 입은 계약 당사자가 그가 실제로 입은 손해보다 큰 액수를 배상 받는 것을 이유로 해당 조항들을 위약벌이라 판단하는 것은 타당한 근거가 되지 못한다고 판시하였다. 계약 불이행이 발생하였을 때 지급하기로 한 배상액이 과도하지 않은 경우, 합리적으로 예상될 수 있는 손해의 범위를 계약 체결 당시 고려했다고 볼 수 있다면 이는 발생할 손해에 대한 성실한 사전 추정이라 볼 수 있으며 유효한 손해배상액의 예정으로 인정할 수 있다는 것이다.

또한 그는 AMEV UDC Finance Ltd v Austin¹²⁸⁾ 판결을 언급하였는데 여기서 Mason 판사와 Wilson 판사는 계약의 위반이나 해지의 효과를 스스로 결정할 수 있는 보다 큰 자유를 계약 당사자들에게 허용하는 장점에 대해 언급하면서 다음과 같이 말하였다.

“형평법과 보통법은 모호한 계약을 재작성하기 위해서가 아니라, 계약에서 예정된 배상액의 성격이 배상적 기능이 아닌 제재적 기능을 가지고 있으며 너무 비양심적이거나 압박적인 조항일 경우 이러한 조항을 억제하기

128) [1986] 162 CLR 1770.

위해 오랫동안 노력해왔다. 그러한 구별을 하는데 적용되어야 하는 기준은 정도에 관한 기준으로, (1) 피고에 대한 약정의 억압성과 관련된 요인인, 명시된 금액과 원고가 입을 수 있는 손해 사이 불균형의 정도와 (2) 약정을 따르고자 하는 원고 행동의 비양심성과 관련된 요인인, 계약 당사자간 관계의 성격에 따라 달라질 것이다. 하지만, 법원은 계약 위반에 따른 권리와 의무를 스스로 해결할 수 있는 당사자들의 자유를 침해하지 않도록 불균형의 정도를 필요 이상으로 탐색하지는 않아야 한다. 현재와 같은 유형의 상황에서 위약벌 무효 법리는 종종 계약의 완전한 자유에 대한 비판의 중요한 측면 즉, 계약 당사자 간의 협상력의 불평등의 가능성을 제기한다. 이에 법원은 계약 자유의 상충되는 이익과 취약한 계약 당사자의 보호 사이에서 균형을 맞추려 노력해야 한다.”

이에 덧붙여, Woolf 판사는 발생할 수 있는 손해의 범위가 넓은 경우에는 측정의 어려움이 존재하지만, 손해배상액의 예정이 그 발생이 확실한 손해에서 크게 벗어나게 된다면 그 손해배상액의 예정에 관한 약정은 인정되기 어려울 것이라고 언급하였다. 그러나 이에 있어 법원은 너무 엄격한 기준을 두지 않도록 주의를 기울여야 하고 계약 당사자들이 합의한 것들이 정상적으로 이행될 수 있도록 해야 함을 명심해야 할 것을 덧붙였다. 특히 상사계약에 있어서 각각의 상업적 이익을 잘 보호할 수 있는 계약 당사자들이 제재적 성격을 띤 조항에 대해 합의하였다는 것은 예상되는 손해를 산정하는 방식이 강압적인 것이 아님을 보여주는 것이라 하였다. 즉, 이 사례에서 법원은 약정에 의해 배상받을 수 있는 손해와 실제로 발생한 손해 사이에 심각한 불균형이 존재한다는 것을 증명하는 것만으로는 계약 조항을 위약벌로 보아서는 안된다고 보고 있으며 당사자 한쪽이

상대방에 대해 노골적인 지배를 할 수 있는 위치에 있지 않는 한, 당사적 맥락에서 계약 내용의 확실성이 필요하다는 사정만으로 당사자 사이의 합의에 의한 조항을 위약별로 보아서는 안된다고 판시하였다.

3. Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd case¹²⁹⁾

1) 사실관계

1998년, 피고(Tilebox Ltd)는 Guildford의 Onslow House의 임차권을 매수하였다. 그들은 위 건물을 최고급 사무실 건물로 재단장할 계획을 세웠다. 1999년, 피고는 원고(Mcalpine)와 Onslow House의 개발을 위한 합작투자에 관해 협의하였다. 2000년에 그들은 자금 제공이 가능한 Standard Life와 협의하였고 2001년 2월 12일, 피고와 Standard Life는 개발자금계약(Development funding agreement, the DFA)을 체결했다. DFA의 계획은 피고가 Standard Life에게 임차권을 포기하여 넘기고 (surrender its lease) 개발을 위한 건축 계약을 체결하며 관련 전문가들을 고용하는 것이었다. Standard Life는 최대한의 개발자금을 조달하고, 피고는 1명 이상의 세입자에게 건물을 최소 15년 간 임대하는 일을 주선하기로 했다. 피고는 225,000파운드의 관리수수료와 계약서에 기술된 방식을 토대로 한 개발완료지급금(DCP)을 받기로 했다.

129) [2005] BLR 271.

DFA체결 이후에 피고는 원고와의 계약을 마무리 지어야 할 필요성을 느끼게 되었고, 그들은 2001년 4월, 공사 완성이 지연될 경우에 지급해야 할 손해배상액에 관하여 협의하였으며, 피고는 지연 배상금으로 주당 45,000파운드를 제안하였다. 이는 완성된 건물에 대한 최소의 주당 임대 가치로 전문가인 Mr. Huntley가 계산한 것이다. 원고는 이는 너무 과도한 금액이라고 주장하였으나, 협상 과정에서 수많은 협의들이 오고 간 후에 결국 원고는 지연 배상금을 주당 45,000파운드로 한다는 조건을 받아들게 되었다(제24조 제2항).

계약서상 완공일은 2002년 8월 14일이었으나 2년 반이 지나도록 공사는 완성되지 못하였고 2004년 5월 혹은 6월쯤 공사가 마무리 될 예정이었다. 이에 대해 2004년 10월 2일 피고는 제24조 제2항에 따라 총액 540만 파운드의 배상액을 청구하였다. 원고인 McAlpine은 공사에서 상당 기간의 지연이 있었다는 것을 인정하였으나 주당 45,000파운드의 수치는 위약벌이라고 주장하는 소송 절차를 시작하였다.

2) 판결

건설전문법원(Technology and Construction Court)에서 Jackson 판사는 위 약정이 위약벌이라는 원고의 주장을 받아들이지 않았으며 제24조 제2항이 위약벌이 아니라는 판단과 함께 아래와 같은 5 가지 이유를 제시하였다.

- (1) Jackson 판사는 45,000파운드라는 액수는 공사의 지연으로 인해서

발생할 수 있는 주당 손해의 최고 금액이거나 약간 상회하는 금액으로 미래의 가능한 손해의 최고 혹은 중간 범위를 척도로 삼더라도, 그 척도와 45,000파운드 간의 차이가 이 조항을 위약별로 확실히 특징 지을 수 있을 만큼 크지 않다고 판단하였다.

(2) Mr. Hutley는 장래의 공사 지연으로 인한 손실 추정을 성실하게 시도하였다. Jackson 판사는 Mr. Hutley는 이 분야의 전문가로서 그 손실이 얼마가 될지에 관해 완벽할 정도로 세심하게 임대 가치를 판단하였다고 언급하였다. 물론, Mr. Hutley의 추정이 상당 부분 틀릴 경우, 그의 노력 및 성실이 그 조항을 유효로 할 수 있는 결정적 요소는 아님을 인정하지만 그럼에도 불구하고, Mr. Hutley가 손실 추정에 있어 기울인 노력과 성실성은 관련 있는 요인 중 하나라는 점을 지적하였다.

(3) 예정된 배상액이 계약 당사자들 간의 정당한 거래(true bargain)를 통해 합의된 것이라면 장래 발생할 손해의 추정에 내재된 어려움은 예정된 배상액이 성실한 사전 추정액임으로 보는데 있어 장애물이 될 수 없다고 하였다.¹³⁰⁾

(4) 본 법원은 가능한 한, 당사자들이 합의한 예정된 배상액을 지지하려는 경향이 있다. 이러한 경향은 본 사건의 건축계약은 대등한 협상력을 지닌 두 당사자 간의 상사계약이라는 사유로 인해 더욱더 강해지게 된다.

130) Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd v Yzquierdo y Castaneda [1905] AC 6 at 11, [1904-7] All ER Rep 251 at 253 참조.

(5) 위 사실 관계를 통해 파악한 바와 같이, 계약 전 협상 과정 동안 배상액에 대한 범주는 구체적인 논쟁의 대상이었다. 45,000파운드라는 공사 지연에 관한 배상액은 두 당사자들 뿐만 아니라, 그들의 법률 자문가들도 심사숙고한 내용이다. 제24조 제2항과 부속합의서(appendix)가 그들의 면밀한 검토에도 살아남았다는 사실은 손해배상액의 예정 조항이 합리적이었다는 추가적인 증거라 할 것이다.¹³¹⁾

4. *Murray v Leisureplay plc case*¹³²⁾

1) 사실관계

Kenneth Murray는 종합금융서비스그룹인 Murray 금융회사(MFC)의 설립자이자 대표이사였다(이후 Leisureplay로 회사 이름을 바꿨다). 1998년 4월, 이 회사 이사회는 회사와 Mr. Murray 간의 고용계약에서 3년의 사전 통보 없이 회사가 부당하게 계약을 해지하는 경우 손해배상액의 예정으로 Mr. Murray에게 3년간 급여 및 수당을 수령할 수 있는 권리를 부여하려 하였으나 투자자들의 이의 제기로, 1998년 6월, 부당히 계약을 해지할 경우 1년간의 급여 및 수당을 손해배상액의 예정으로 지급하기로 하는 계약을 체결하였다. 계약 내용은 다음과 같다.

“손해배상액의 예정이 적용될 수 있는 방식의 부당한 계약해지의 경우, 회사는 동 임원에게 부당한 계약해지 일자 직전까지 지속적으로 지급되었

131) para [94] (본 판결문의 paragraph 번호를 표기하였다).

132) [2005] EWCA Civ 963 (CA).

던 것과 동일한 금액의 급여, 연금납부금, 수당으로 측정되는 1년간의 총 급여, 연금납부금, 기타 수당에 해당하는 금액을 즉시 지급한다...”(이하 제17조 제1항¹³³⁾이라 한다)

회사는 재정적인 어려움에 빠져들었고, 2003년 5월에 이사회는 7주 반의 사전 통보로 Mr. Murray를 해고하였다. 이에 대하여 그는 부당한 해고를 주장하며 제17조 제1항에 의해 손해배상액으로 758,691파운드와 그에 더해 공휴 수당인 4,401.30파운드를 청구하였다.

2) 판결

고등법원(High Court)에서 Stanley Burnton 판사는 계약 조항이 손해배상액의 예정이라기보다는 위약벌에 대한 지급을 규정한 것이라 판시하였다. Burnton 판사는 Mr. Murray가 광범위한 계약 하에서만 고용계약의 내용을 정할 수 있었다고 판단하였다. Burnton 판사에 따르면, 판결의 요점은 해당 조항이 Mr. Murray의 손해를 경감시키는 의무에 대해서는 고려하지 않고 있다는 것이다. 즉, 합리적인 계약 당사자들이라면 만약 Mr. Murray가 MFC의 대표이사 역할을 하도록 강요 당하지 않은 경우, 그는 다른 일로도 이익을 얻을 능력이 있고 또 그런 실제적 가능성이 있음을

133)

17.1 부당해고의 경우, 회사는 손해배상액의 예정으로 급여, 연금 분담금 및 현물 급부가 부당 해고일 직전과 동일한 비율로 계속 지급되었을 것으로 가정하고 1년 치의 총 급여, 연금 분담금 및 기타 현물 급부와 동등한 금액을 이사에게 즉시 지급해야 한다. 단 예외적으로 주택금융조합 또는 기타 금융기관의 인수와 관련된 계약체결 조건의 향서가 체결된 후에는, 회사는 급여, 연금 분담금 및 현물 급부가 부당해고일 직전과 동일한 비율로 계속 지급되었을 것으로 가정하고 3년 치의 총 급여, 연금 분담금 및 기타 현물 급부와 동등한 금액을 이사에게 즉시 지급해야 한다. 현물 급부의 가치에 관한 분쟁 발생 시, 지불되어야 하는 금액은 회사 감사인이 결정한다.

반드시 염두에 두었을 것이다. 강제할 수 있는 손해배상액의 예정 조항은 Mr. Murray가 MFC에서 나왔을 경우에 벌어들일 가능성이 있는 수입과 이익을 고려한 지급액을 규정했어야 한다는 것이다.¹³⁴⁾

이에 대해 항소 법원에서 Arden 판사는 Mr. Murray의 의도는 MFC를 방해 하거나, MFC가 1년의 사전 통보 없이 그를 해고하는 것을 저지하려는 것은 아니었다고 보았다. 전반적으로 볼 때, Mr. Murray는 MFC를 위해 일함으로써 다른 비즈니스를 통해 얻을 수 있는 이익에 상응하는 배상을 원한 것이다. 달리 말하면, 제17조 제1항은 Mr. Murray가 MFC를 위협하려는 욕구(위약별로서)가 아닌 자신의 이익을 지키려는 욕구(손해배상액의 예정으로서)로 약정된 것이다. 또한 그는 다른 비즈니스에 관심을 가지고 있었기 때문에 MFC가 그와의 계약을 해지하는 것을 기필코 저지하기를 원하지는 않았을 것이다. 따라서 제17조 제1항은 계약의 해지를 제재하기 위한 목적이 아닌 배상의 목적을 띄는 조항이라는 것이다.

또한, 명시된 금액과 손해 사이의 명백한 차이와 관련하여, 법원은 만약 이러한 차이가 명백한 불일치를 발생시킬 경우, 즉 손해에 대한 성실한 사전 추정액이라 볼 수 없거나 불공평한 경우에 이러한 약정은 위약별이

134) Murray v Leisureplay plc 판결은 손실 경감 의무를 고려하지 않은 조항이 유효함을 지지한 사례이기도 하다. 손해 경감 의무란 피해 당사자는 그의 손해를 최소화하기 위해 모든 합리적 조치를 취할 수 있었다라면 피할 수 있었던 손해에 대해서는 손해배상을 받을 수 없다고 하는 것이다. 예를 들어, 부당해고를 당한 피용자는 해고 당한 직업에 견줄 만한 다른 직업을 구하기 위해 합리적인 노력을 하여야 한다. 주의할 것은 피해 당사자는 합리적으로 행동하여야 하고 합리적으로 행동하기만 하면 된다는 것이다. 그러므로 부당 해고된 피용자는 그가 얻을 수 있는 다른 직업이 자신의 신분의 현저한 저하를 가져 오는 경우에, 그 다른 직업을 택할 의무를 지지 않는다. 그는 또한 그에게 인격적 굴욕을 느끼게 하는 상황 속에서 그를 부당하게 해고한 사용자가 제시한 재고용의 청약을 승낙할 의무를 지지 않는다. 그러나 때로 계약 위반 당사자가 계약에서 합의한 바와 다른 조건으로 이행을 하게 하는 경우에 피해 당사자는 그러한 제의를 받아들여야 한다고 판시한 경우도 있다. 이호정, 전거서, 544면; Abrahams v performing Right Society Ltd 판결에서 Hutchison 판사는 손실 경감은 손해배상액의 예정과는 관련이 없다고 방론했다.

라 할 것이라고 하였다. Arden 판사는 이처럼 명시된 금액과 발생한 손해 사이의 명백한 차이가 비록 결정적 요소는 아니더라도 중요한 요소임을 고려하였다. 그러나 이러한 차이가 있더라도 Arden 판사는 당사계약에 있어서 계약 당사자들이 이러한 관대한 차액을 인정하였다고 볼 수 있을 것이라 판시하였다.¹³⁵⁾

Clarke 판사는 제17조 제1항이 위약벌이 아니라는 결론에 대한 이유로 다음과 같은 의견을 제시하였다. 그는 “계약은 반드시 준수되어야 한다 (pacta sunt servanda).”는 기본 원칙에 따라 법원은 이러한 약정이 위약벌이라고 판시하는 것에 주의해야 한다고 하였다. 또한, 계약 당사자들의 비교적 동등한 협상력 및 계약의 상업적 특성이라는 관점에서 제17조 제1항은 과도하거나 비양심적이라고 판단되지 않는다고 하였다. 예정된 배상액과 실제 손해액 사이의 차이는 해당 조항이 위약벌인지 여부를 묻는 하나의 요소이기는 하지만, 이는 예정된 배상액이 ‘과도하게 불합리하다’고 입증될 수 있을 때에만 위약벌이라 할 수 있을 것이라 판시하였다.¹³⁶⁾

Buxton 판사는 예정된 배상액과 실제 손해액 사이의 차이는 위 조항이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단하는 하나의 지침(guide) 정도로만 간주하였으며, 비록 그 액수가 크더라도 위 계약에 있어서 계약 당사자들이 비교적 동등한 협상력을 가진다는 점과 계약의 상업적 특성을 고려하여 약정된 금액은 비양심적인 것이 아님을 판시하였다. 또한 Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong¹³⁷⁾ 판결을 인용하여, 발생할 손해의 범위가 넓은 경우에는 측정의 어려움이 존

135) para 47.

136) para 105.

137) [1993] 61 BLR 49.

재하지만, 손해배상액의 예정이 전반적으로 발생된 확실한 손해에서 벗어나게 된다면 손해에 대해 규정한 손해배상액의 예정 조항은 인정되기 어려울 것이나, 법원은 이에 있어 너무 엄격한 기준을 두지 않도록 주의의 기울여야 하고 계약 당사자들이 합의한 내용들이 정상적으로 인정될 수 있도록 명심해야 함을 되짚었다.¹³⁸⁾

5. M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd case¹³⁹⁾

1) 사실 관계

원고(M&J Polymers Ltd)는 점토나 기타 재료를 분해하는데 사용되는 화학 물질인 분산제(dispersant)를 공급하는 회사였다. 원고는 1991년부터 피고(Imerys Minerals Ltd, 이전에는 English China Clays로 알려짐)에게 분산제를 공급해왔다. 2005년 1월에 체결된 본 계약은 네 가지 분산제, 즉 Jaypol 1183 (1183), Jaypol BTC 2 (BTC 2), Jaypol 1160 (1160), Jaypol 1140의 공급을 위한 계약이었다. 계약서에는 계약 기간은 3년이며 제품 최소구매량에 관한 조항(제5조 제3항)¹⁴⁰⁾과 피고에게 최소 물량의 ‘의무 인수(take or pay)¹⁴¹⁾’를 보장하는 조항이 있었다(제5조 제5항).¹⁴²⁾ 또한

138) para 122.

139) [2008] EWHC 344 (QB).

140) “5.3. During the term of this Agreement the Buyer will order the following minimum quantities of Products”

141) ‘Take or Pay’ 조항은 ‘의무 인수’ 조항으로 매수인이 “최소구매량” 만큼 실제로 주문했는지 여부와 관계 없이 “최소구매량”의 대금을 지급하도록 하는 조항이다. 따라서 매수인은 계약에 명시한 최소구매량 만큼 주문하지 않았을 때에도 대금을 지급해야 한다. 이 조항은 화학 산업에서 장기 공급 계약 시 종종 이용되어 왔다. 자금 운용이 매

제품 품질에 대한 조항과 제품이 사양 조건에 부합하지 않는 경우, 피고는 계약을 해지할 수 있다는 규정(제16조)이 있었다. 2006년 5월, 피고는 일부 분산제(Jayol 1160)가 계약상 규격에 맞지 않는다고 주장하면서 통지로 본 계약을 해지하고자 했다. 원고는 피고의 통지가 계약 위반이라 주장하였다. 본 소송에서 원고는 피고가 제5조 제3항에서 요구하는 최소 수량을 주문하지 않았기 때문에 제5조 제5항에 따라 배상청구권을 가진다고 주장하였다.

법원은 원고가 공급한 제품이 계약상 규격에 일치된다고 보았으며, 피고도 후에 이를 인정하였다. 그러나 피고는 제5조 제5항이 위약벌 조항이므로 강제할 수 없다고 주장했다. 또한 피고는 제5조 제3항에서 요구하는 최소 수량을 주문하지 못해 원고에게 지급해야 하는 금액은 오직 계약 위반으로 발생한 실제 손해에 근거 하여 산정된 배상액이어야 한다고 주장하였다.

2) 판결

상사법원(Commercial Court)에서 Burton 판사는 피고(Imerys Minerals Ltd)는 Jayol 1160 제품이 계약상 규격에 일치하지 않았다는 것을 입증할 수 없으며, 공급된 제품을 거부할 자격이 없다고 보았다.

우 중요한 현재 상황에서, 이 조항은 매도인에게 어느 정도 채무 예측을 확실하게 하도록 보증해 줄 수 있다.

- 142) “5.5 During the term of this Agreement the Buyers will order the following quantities of the products: Take or pay: the Buyers collectively will pay for the minimum quantities of products as indicated in Article 5.3... even if they together have not ordered the indicated quantities during the relevant monthly period.”

또한 제5조 제5항은 위약벌 조항이라 할 수 없다고 하였다. 위약벌에 관한 법리는 ‘의무 인수(Take or Pay)’ 조항에서도 고려해 볼 수 있다. 그러나 위 조항은 원고가 그의 의무를 이행한 대가로 피고에게 청구하는 약정된 금액이므로 위약벌에 해당하지 않는다고 하였다. 또한 이 조항을 성실한 사전 추정액이 아니라거나, 예정된 배상액이 위약자에 대한 ‘압박(in terrorem)’의 의미로 정해진 것이라고 할 수는 없다고 하였다. 위 조항에 압박의 목적이 없을 경우, 위 조항은 상업적으로 정당화될 수 있으며 그 목적이 상대방의 계약 위반을 저지하려는 것이 아닌 경우, 위약벌로 판단될 수 없다는 것이다.

이에 덧붙여, 법원이 계약 위반에 대한 손해배상의 정도를 예정한 계약 내용을 지지하는 경향을 띄는 것은 사실이며 그러한 경향은 대등한 협상력을 지닌 당사자들 간에 자유롭게 체결된 상업적 계약의 경우에 더욱 강하게 나타날 것이라 언급하였다. 또한, 본 사안에서의 ‘의무 인수’ 조항은 상업적으로 정당화될 수 있고, 압박에 해당되지 않으며, 대등한 협상력을 지닌 당사자들이 협상하여 자유 의사에 기해 체결한 것이라 하였다. 그 증거로는, 양 계약 당사자가 이전 거래의 이력을 포함한 상업적 배경에 비추어 동등한 협상력을 갖추고 있으며, 실제적인 지식을 겸비한 상업 종사자들 간에 공정하게 협상이 이루어졌다는 것이다. 따라서 본 사안에서 의무 인수 조항은 위약벌 법리에 따라 무효라 할 수 없으며 원고는 제5조 제5항에 따른 부족 금액을 회수할 자격이 있다고 판단하였다.

결론적으로 동등한 협상력을 지닌 당사자들 간에 공정하게 협상한 계약에서 의무 인수 지급 조항은 상업적으로 정당하며, 계약 위반을 저지할 목적을 지니지도 아니하였기에 ‘의무 인수’ 조항은 위약벌 조항이라 할 수

없다는 것이다. 이에 덧붙여 Burton 판사는 상사 법원은 100년이 넘는 시간 동안 상업적 분쟁을 다뤄온 역사가 있으며 ‘의무 인수’ 조항은 당사계약에 있어 친숙한 조항임을 언급하였다. 비록 이전에 ‘의무 인수’ 조항이 위약벌에 해당하는지에 대한 논의는 없었으나, 위와 같은 근본적인 배경에서 ‘의무 인수’ 조항은 위약벌에 해당하지 않으며 ‘의무 인수’ 조항이 위약벌에 해당하는 것은 극히 예외적인 상황에서나 가능할 것이라 하였다.

*6. Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi: ParkingEye Ltd v Beavis*¹⁴³⁾

1) 사실관계

Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi case

2008년 Mr. Makdessi와 Mr. Joseph Ghossob은 공동으로 1000주의 주식을 소유하고 있던 Y & R Holdings Hong Kong Ltd의 주식 중 474주를 Y & RIG에게 팔기로 합의하였다. 그리고 2008년 2월 29일 Y & RIG는 동 주식을 Cavendish Square Holdings BV와 다른 그룹에 넘겨주었다. Cavendish는 Y & RIG를 대체하여 합의의 당사자가 되었다. 이 합의는 6개월 이상 지속되었고 숙련된 경험을 가지고 있으며 명망이 높은 상

143) [2015] UKSC 67 (병합사건).

업 변호사(Commercial lawyer)들이 양 당사자들을 대표하였다. Mr. El Makdessi와 Mr. Ghoussoub는 Cavendish가 지급해야하는 금액에 대해 53.88% 대 46.12%(Mr. El Makdessi의 지분이 53.88%) 비율로 보유해야 한다는 것에 합의했다. 가격은 단계별로 지급하기로 하였다(즉, 6천5백50만 달러는 판매 완료 및 그룹 재편 시에 지급되기로 하였다). 이후 2007년과 2009년, 그리고 2007년과 2011년 사이의 복합그룹의 회계 감사된 연결재무제표상 영업 이익으로부터 나오는 중간 및 최종 지급금이 있었다.

본 계약의 제11조 제2항은 Mr. El Makdessi의 경쟁적이거나 잠재적으로 경쟁적인 다양한 행위를 금지하는 경업금지조항이었다. 제5조 제1항¹⁴⁴⁾과 제5조 제6항¹⁴⁵⁾은 Mr. El Makdessi가 제11조 제2항을 위반하는 경우 해당 중간 및/혹은 최종 지급금을 수령할 자격을 갖지 못할 것이며(제5조 제1항), Cavendish는 사업의 영업권(goodwill) 가치를 제외한 가격으로 잔여 주식을 자신에게 매각하도록 요구할 수 있다고(제5조 제6항) 규정한 조항이었다. 그 후, Mr. El Makdessi는 그의 직위에 적어도 18개월 간 유지할 의무를 부담하는 노무계약을 체결하고 비상임 회장이 되었다.

144)

- 5.1 매도인이 [‘11.2조를 위반하는 매도인을 포함하는 것으로 정의되는] 불이행 주주가 되는 경우, 그는 그가 불이행 주주가 되지 않았더라면 그에게 지급되었을 중간 지급 및/또는 최종 지급을 받을 수 없어야 하며 지급에 대한 [Cavendish]의 의무는 중단되어야 한다. ...

145)

- 5.6 매도인이 불이행 주주가 되는 경우 [Cavendish]가 그러한 매도인에게 그가 보유한 주식 [불이행 주주 주식]의 전부를 [Cavendish]에게 매도하도록 요구할 수 있는 옵션을 [Cavendish]에게 부여한다. [Cavendish]는 불이행 주주 옵션 가격 [‘관련 매도인이 보유하고 있는 총 주식의 비율을 나타내는 %로 곱해진 관련 매도인이 불이행 주주가 되는 날짜로부터 계산된’]으로 매도인에 대해 [Cavendish]에 의한 지급을 대가로 그러한 옵션을 행사한다는 [Cavendish]으로부터의 통지에 대한 매도인의 수령으로부터 30일 이내에 불이행 주주 주식을 매수하고 매도인은 이를 매도해야 한다.

Mr. El Makdessi는 이후 그가 제11조 제2항을 위반했으며, 계약에 따른 신용 의무(Fiduciary Duty)¹⁴⁶⁾도 위배했다는 것에 대해서도 인정했다. Mr. El Makdessi가 신용 의무를 위배한 것에 대해 인정하고 Cavendish에게 500,000달러를 지급하는 것을 Cavendish가 받아들임으로써, 제11조 제2항의 위반에 대한 사안은 2012년 10월에 해결되었다. 그 후, Cavendish는 Mr. El Makdessi의 제11조 제2항의 위반으로 제5조 제1항과 제5조 제6항에 따라 위약금을 청구할 수 있다고 주장하였다. Mr. El Makdessi는 위 조항이 강제할 수 없는 위약벌 조항이라고 주장했다.

ParkingEye Ltd v Beavis case

Mr. Beavis는 Chelmsford 기차역 부근의 소매점포 주차장에 주차한 자동차의 주인이자 운전자였다. 소매 점포 부지와 주차장의 소유주인 영국 항공 연금기금(BAPF)은 “교통 공간 최대화 계획”의 일환으로 ParkingEye Ltd와 계약하였다. 위 계획에는 주차장 입구 및 전체에 걸쳐, “최대 주차시간 2시간”과 “주차시간은 2시간으로 제한됨”이란 문구와 함께, “이를 어길 시에는……85파운드의 주차료를 물게 됨”이란 추가적인 제제가 덧붙은 표지판을 설치하는 것이 포함되었다. 그 아래에는 “주차장 내에 주차함으로써, 운전자는 동 주차장 규정을 준수하는데 동의한 것으로 간주함.”이라는 문구도 덧붙여 있었다. Mr. Beavis는 자신의 자동차를 허용된 2시간을 초과하여 약 2시간 56분간 주차하였다. 그는 ParkingEye가 그에게 85파운드의 주차비를 요구한 것(14일 내에 납부하는 경우, 50

146) 기관투자자는 투자자의 이익을 위해 최선의 주의를 기울여야 하고 투자자의 신뢰와 기대를 배반해선 안 된다는 원칙을 말한다.

파운드로 감액 가능함)은 강제할 수 없는 위약벌이라고 주장하였다. 또한 예비적 혹은 선택적으로, 위 주차규정이 영국 소비자계약상 불공정 조항에 관한 규정(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)¹⁴⁷⁾의 의미에 해당하는 불공정하고 효력 없는 규정이라는 주장을 고수하였다.

2) 판결

Neuberger 판사와 Sumption 판사는 진정한 기준은 위약벌인가 논란이 되는 약정이 1차적 의무 즉 계약상 급부 의무를 강제하는 과정에서 무고한 당사자, 즉 채권자(위약벌을 부과하는 당사자)의 정당한 이익(legitimate interest)에 대한 비례에서 벗어나는 불이익을 위약자에게 지우는 2차적 의무인지에 관한 것이라 판시하였다.¹⁴⁸⁾ 계약 위반에 대해 일정한 금전을 지급하기로 한 경우 그에 대해 정당한 이익과 비례성이 인정되는 범위 내에서는 그 약정은 위약벌이 아니므로 강제할 수 있다는 것이다. Mance 판사 또한 위 기준에 동의하였다. Mance 판사는 첫 번째로는 정당한 사업상 이해관계가 해당 조항에 보호되는지 여부를, 두 번째로는 해당 이해관계를 위해 계약 조항이 과도한지, 터무니없는지 또는 비양심적인지 여부를 고려해야 한다고 하였다.

147) (주 101) 참조.

148) The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation; Mance 판사는 위와 같은 기준에 동의한다. 첫 번째 단계는 정당한 사업상 이해관계가 해당 조항에 의해 도움 및 보호되는지 여부, 두 번째는 해당 이해관계를 위해 제정된 조항이 과도한지, 터무니 없는지 또는 비양심적인지 여부를 고려하는 것이다.

Neuberger 판사와 Sumption 판사는 채권자의 이익은 계약 이행 혹은 계약 이행에 대한 어떤 적절한 대안이 있을 때 존재하는 것이라 하였다. 만약 채권자의 이익이 계약 위반에 대한 배상을 거의 초과하지 않는, 단순한 손해배상의 예정 조항으로 해결될 경우, Dunedin 판사의 4대 규칙은 통상 계약에서 합의한 내용의 타당성을 판단하는데 적절할 것이라 언급하였다. 그러나 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판결에서의 Dunedin 판사의 판단 기준에는 한계가 있으며, 드물게 위약벌 판단의 기준으로 적용되었을 뿐이었다.

두 판사는 항소 법원에서의 Atkinson 판사의 발언이 중요한 쟁점을 가지고 있음을 강조하였다. 즉, 계약 위반의 결과를 규정하는 조항의 유효성은 채권자가 해당 조항의 이행 강제에 상당한 이익이 있다고 할 수 있는가의 여부에 달려 있다는 것이다.¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾

Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi case에 관하여:

대법원(Supreme Court)은 제5조 제1항과 제5조 제6항는 위약벌 조항이 아니라고 판단하였다.

그들의 견해는 제5조 제1항은 가격 조정 조항이라는 것이다. 이는 2차적 의무가 아닌 1차적 의무이다.¹⁵¹⁾ 매도인은 특히 경업금지조항을 준수함으

149) para [32].

150) 즉, 위약벌은 강제할 수 없다는 종전의 법리를 형식적으로 유지하되, 상당한 이익을 가지는 범위(가령 이행강제에 관한 이익) 내에서 설정된 위약금은 위약벌의 범주에서 제외된 것이다. 실질적으로는 합리적인 범위의 위약벌은 그 강제가능성을 인정하겠다는 것과 다르지 않다. 권영준, 전제 논문, 211면.

151) 즉, 계약상 채무는 계약 체결로부터 바로 발생하는 채무(primary obligation)와 계약 위반을 이유로 비로소 발생하는 채무(secondary obligation)로 나눈 뒤 위약벌의 외관을 갖추었다더라도 실질적으로 대금을 감축하는 조항은 전자에 해당하여 손해배상이 아

로써 주식에 대한 대가를 얻는다. 법원은 제5조 제1항은 계약 위반으로 인한 손해의 측정과 관련이 없는 조항이며, Cavendish 또한 일반적으로 그룹의 영업권을 보호하기 위하여 경업금지조항의 준수에 정당한 이익이 있다는 점을 명시하였다. 또한 사업의 영업권은 Cavendish에게 중요한 것이며 Mr. Makdessi에 대한 신뢰 또한 영업권에 중요한 부분이라는 점을 언급하였다. 이에 덧붙여, 법원은 당사자들이 합의에 있어 이러한 사정이 어떻게 반영되어야 하는지에 대해 판단할 수 있는 최고의 전문가들이기 때문에, 법원은 해당 의무의 정확한 값을 평가할 수도, 경업금지조항의 이익이 없었다면 Cavendish가 사업에 대해 얼마나 덜 지급했을 것인지를 결정할 수도 없다고 하였다.¹⁵²⁾

제5조 제6항에도 마찬가지이다. 법원은 계약 위반 시 사업의 영업권 (goodwill)의 가치를 제외한 가격으로 잔여 주식을 매각하도록 Cavendish가 요구할 수 있다는 제 5조 제6항은 매도인이 함께 관여되어 있는 동안에 Cavendish가 회사의 사업과 소유주에게 이익이 되는 방법으로 통제권을 획득한 후 매도인의 행동에 영향을 미칠 것으로 예상되었던 것으로 보이며 이는 제재(deterrence)로 보일 수도 있을 것이라 하였다. 그러나 이는 그 조항이 제재적 성격(penal)을 가질 경우에만 위약벌이 될 것인데, 제5조 제6항의 가격 공식은 제재적 성격과 아무런 관련이 없고 Cavendish가 사업을 인수하는 상업적 목표를 달성하는 것과 관련해 정당한 이익이 있었다고 하였다. 그리고 제5조 제1항과 같은 위 조항은 정교한 상업적 당사자 간에 수개월에 걸친 상세한 협상의 대상이었으며 숙련

닌 원래의 급부청구권이 감축되는 것에 불과하므로 위약벌 법리가 적용되지 않는다는 것이다.
152) para [73-75].

된 법률 전문가와 함께 대등한 관계에서 신중하게 체결된 계약임을 강조하였다.¹⁵³⁾

ParkingEye Ltd v Beavis case에 관하여:

대법원은 6 대 1의 다수결로 항소를 기각하고 요금이 위약벌의 법리나 영국 소비자계약상 불공정 조항에 관한 규정(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999)에 해당하지 않는다고 판단하였다.¹⁵⁴⁾

Beavis는 2시간 제한을 포함하여 정문에 게시된 안내문의 내용으로 주차장에 주차할 수 있는 계약상 허가를 받았다. 법원은 85파운드는 계약상 의무 내용 위반에 대한 요금이라 하였으며, 이는 법령에 의한 간접적인 규제와 영국 주차협회의 업종 관례규약에 따라 일반적인 제도라는 점을 언급하였다. 법원은 위 요금은 (1) 장기 주차나 통근자 교통을 억제함으로써 소매점 및 그 사용자의 이익을 위한 주차 공간의 효율적 이용에 대한 관리 및 (2) 제도를 운영하기 위한 소득의 발생이라는 두가지 주요 목적을 가지고 있다고 하였다.

또한 법원은 ParkingEye와 부지 소유자 모두 초과 주차하는 운전자에게 요금을 부과하는데 정당한 이익이 있다고 하였다. ParkingEye의 정당한 이익은 합법적인 제도의 운영 비용과 이윤을 고려한 요금에 있다고 할 수 있다. 또한 위 요금은 영국 전역에 걸친 관행을 유념하고 있으며, 위 특정 주차장의 사용과 안내문의 어구를 감안할 때 과도하지도 비양심적이지도 않았다는 점을 강조하였다. 이에 따라 법원은 위 85파운드 요금은 위약벌

153) para [82].

154) para [94-98].

이라 할 수 없다고 판단하였다.

위 요금은 ParkingEye와 소유자가 대다수 소매점 사용자의 이익을 위해 주차장을 효율적으로 관리하기 위하여 Beavis가 주차 시간을 초과하지 않도록 유도하는데 정당한 이익이 존재하였고, 이러한 이해관계를 따져보았을 때 부과되는 요금이 필요 이상으로 높다고 할 수 없다는 것이다.

7. 보증금(deposit)의 성격에 관한 판례

영국에서도 계약 당사자 일방이 상대방에게 금전을 선지급하거나 또는 선지급하기로 합의하는 경우가 있다. 이러한 경우 선지급을 받은 당사자가 그의 의무를 이행하지 않는다면 그는 받은 금전을 반환하여야 한다. 그러나 선지급을 한 당사자가 계약을 이행하지 않은 경우에 선지급금에 관한 당사자들의 권리는 그것이 보증금(deposit)이나 또는 일부 지급¹⁵⁵⁾이냐에 의해 결정된다.

보증금은 계약을 이행할 것이라는 보증으로서(as guarantee that the contract shall be performed) 지급되는 금전을 말한다. 계약이 달리 정하고 있지 않는 한 보증금을 지급 받은 자는 계약 위반에 의한 손해를 입지 않았다 하더라도 이를 반환할 필요가 없으며 지급인 또한 그 반환을 청구

155) 일부 지급(part payment)의 경우 대금의 일부 지급을 말한다. 매수인이 대금을 일부 지급하였던 경우에 매도인이 이를 반환하여야 하느냐의 문제는 첫째, 체결된 계약의 성질에 의해 결정된다. 그 반환이 양 당사자를 계약 이전의 위치로 복귀 시켜주는 것인 경우에는 받은 일부 지급은 반환되어야 한다. 이러한 견해가 매매계약에 기해 매수인이 대금의 일부 지급을 한 경우에 채택되고 있는 견해이다. 그러나 일부 지급이 계약에 기해 지급 받은 자가 행한 공사에 대해 행하여 지는 경우에는 그들은 계약 이전의 위치로 복귀 시킬 수 없다. 따라서 그는 일부 지급받은 것을 반환하지 않을 수 있다. 이호정, 전거서, 557면.

할 수 없다. 이러한 보증금은 이행을 위한 바람직한 유인책이며 계약을 구속하기 위한 증거금(an earnest to bind the bargain)이라 설명된다.¹⁵⁶⁾

그러나 이 보증금에도 손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 규칙이 적용될 수 있다. 일례로 *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v Dojap Investment Ltd*¹⁵⁷⁾에서는 지급된 보증금을 위약벌로 판시하였다.

1) *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v Dojap Investment Ltd case*¹⁵⁸⁾

(1) 사실관계

1989년 10월 5일, 2순위 저당권자인 은행은 자메이카 소재의 특정 건물을 경매에서 11,500,000달러에 응찰자에게 매각했다. 계약서 제4조는 계약액의 25%에 해당하는 보증금 지급을 규정하였으며, 응찰자는 그 은행의 사무 변호사들에게 적절한 절차에 따라 2,875,000달러가 지급되었다. 계약

156) *Howe v Smith* [1884] 27 ChD 89; Fry 판사는 기탁금으로 지급된 돈은 부가적이거나 명시적인 조항을 바탕으로 지급되는 것이며 제정법 또한 그와 같은 조항들의 형성에 일정한 역할을 할 수 있다고 판시하고 있다. ‘거래를 구속하기 위한 증거금’이라는 표현은 -계약이 완전히 이행된 경우에 반환받기 위해 어떤 것, 때로는 일정액의 돈, 때로는 반지나 그 이외의 목적물을 제공하는 관행, 그러한 관행은 위대한 고대의 유품이며 무척 일반적으로 퍼진 것 가운데 하나이다-에 의한 각색을 반영하고 있다. 그리고 *Damon Compania Naviera SA v Hapag-Lloyd International SA* [1985] 1 All ER 475 사례에서는 계약 위반 시까지 보증금이 지급되고 있지 않았던 상태라면 피해 당사자는 보증금 지급을 구하는 소송을 제기할 수 있다고 보고 있다. 보증금에 대한 회복불허용의 원칙은 보증금의 액수가 보증금을 보관하는 당사자에게 발생한 실제 손해를 훨씬 초과할 수 있다는 점에서 위약벌 조항과 등가일 수 있지만 위약벌 법리(rule against penalties)와 물취에 관한 구제 방법을 허용하는 형평법상의 직무권한은 보증금에는 적용되지 않는다. 그러나 예외적인 판결로 *Workers Trust & Merchant Bank Ltd v Dojap Investment Ltd* 판결이 있다.

157) [1993] AC 573.

158) [1993] AC 573.

에는 구입 자금의 나머지는 경매일로부터 14일 이내에 지급되어야 하며 그 결과에 따라 은행은 그 재산을 응찰자에게 이전해야 하고 등록을 위해서 그러한 이전에 관한 내용을 제출해야 한다고 규정되어 있었다. 계약의 제13조에는 매수인이 계약 조항의 어느 것이라도 준수하지 않을 경우 보증금을 몰수해야 한다고 규정되어 있었으며 제15조는 계약에 포함되어 있는 모든 기한이 엄수되어야 한다고 규정하였다. 응찰 완료 확정일 (1989년 10월 19일)에 응찰자의 변호사가 특정 조건에 따라 구매 가격의 잔액을 지급한다는 또 다른 은행으로부터의 이행 각서를 그 은행에게 보냈다.

은행 변호사는 이를 거부하고 응찰자에게 만족스러운 이행을 하지 않았음을 이유로 10월 23일, 응찰자에게 계약을 해지하고 보증금을 몰수하겠다는 서신을 보냈다. 응찰자는 이를 수용하지 않고 1989년 10월 26일 은행에 이자와 함께 구매 가격의 잔액을 지급했다. 응찰자는 그 뒤 특히 보증금의 몰수 철회를 주장하는 법적 절차를 시작했다.

(2) 판결

추밀원에서 Wilkinson 판사는 토지 매매계약에 대한 매도인의 보증금은 매도인이 계약 이행에 충실할 것을 보여주는 것으로, 대금의 지급이나 몰수에 대한 조항이 무고한 당사자가 계약 위반 때문에 입는 손해에 대한 성실한 사전 추정이 아닌 경우를 제외하고는 계약이 이행되지 못하는 경우의 보증금 몰수에는 위약벌 법리가 적용되지 않는다고 언급하였다. 따라서 보증금의 액수가 계약 위반으로 인한 매도인의 예상 손해와 전혀 관련이 없었더라도 보증금은 유효하게 몰수 될 수 있다는 것이다. 하지만,

보증금 금액은 합리적이어야 하며 관행적인 보증금이 계약액의 10%라는 오랜 시간동안 확립된 관례를 유념할 때 몰수 가능한 보증금으로 10% 이상의 금액을 받고자 한 매도인은 그러한 보증금을 정당화시키는 특별한 상황을 보여주어야만 한다는 점을 강조하였다. 만약 그렇지 않을 경우, 보증금은 제재적으로 작용할 의도가 있는 위약벌로 간주될 것인데, 위 사례에서 은행이 요구하는 계약액의 25%의 보증금은 합리적인 금액이 아니라 판단되며, 몰수 조항은 명백한 위약벌이라 판시하였다.

위 판결에서는 지급한 금액이 보증금으로서 합리적이지 않는 한, 지급금에 대해 몰수를 허용하지 않는다는 제한을 가하고 있다. 법원은 통상적으로 10%의 보증금인 경우에는 그것을 지급한 토지매수인에게 반환해 줄 것을 매도인에게 명하지 않고 있다.¹⁵⁹⁾ 또한 보통법에서는 그러한 보증금의 몰수 약정은 비록 그것이 토지 매도인의 손해와 관계가 없고 엄밀히 말해 위약벌이라 생각되는 경우에도 유효한 것으로 인정하고 있다.

IV. 판례의 검토

1) Cellulose Acetate Silk Co. Ltd v Widness Foundry Ltd 판결은 손해배상액의 예정으로 판단될 경우 실제 손해액이 예정된 배상액보다 많거나 적은 것에 관계 없이 예정된 배상액이 지급되어야 함을 판시한 사례이다.

이 사례에서 계약 당사자들은 공장의 완공이 지연될 경우 위약자는 “위

159) James Macara Ltd v Barclay [1944] 2 All Er 31 at 32.

약별로 주당 20파운드”를 지급해야 한다고 약정하였다. 공장은 30주 늦게 완공되었고, 그 기간 동안 피해 당사자는 5,850파운드의 손해를 보았다. 귀족원은 이 조항을 손해배상액의 예정으로 판단하였고 결과적으로 피해 당사자는 600파운드만을 배상받게 되었다. 양 당사자는 실제 손해액이 주당 20파운드를 초과할 거라는 것을 알았을 것이며, 결과적으로 피고는 공사 지연에 대한 완전한 책임을 부담하게 되지 않은 것이라 할 수 있다.¹⁶⁰⁾

그럼에도 불구하고, 위 약정이 손해배상액의 예정으로 판단됨에 있어서는 “우리가 인도 일자를 지정하기는 하겠지만, 그 날짜를 지키지 못하는 것에 대해 손해배상액을 지급하는 책임을 인정하지는 않을 것이다. 왜냐하면, 만약 우리가 의무 불이행으로 당신들의 사업 전체를 중단시킨다면, 그 손해배상액이 이 거래로부터 우리가 얻을 수 있는 이익을 훨씬 더 능가할 수도 있기 때문이다. 우리는 그러한 위험을 부담하지 않을 것이다.”라는 Silk Co. Ltd 와의 합의하에 Foundry Ltd가 예방조치로서 포함시킨 (x) 조항의 영향이 큰 것으로 보인다.

이로써 Silk Co. Ltd와 Foundry Ltd는 계약 조항에 위약벌이라는 문구를 사용했지만 실제로는 예정된 배상액을 손해배상액의 예정으로서 정한 것임이 당사자들의 의도였다고 해석할 수 있다. 이에 따라 귀족원은 ‘위약벌’이라는 명문상의 규정에도 불구하고 본 약정은 손해배상액의 예정이라고 볼 것이라고 판단하였다.

160) Cellulose Acetate Silk Co. Ltd v Widness Foundry Ltd는 손해배상액의 예정 조항이 면책조항의 범주에 속하는지의 문제 또한 제기하고 있다. 그러한 손해배상액의 예정 조항은 면책조항에 속하지는 않는다. 손해배상액의 예정 조항은 손해의 여하와는 관계 없이 지급하여야 할 액수를 확정하는 것이므로 설사 실제로 발생한 손해가 규정된 금액에 미달하더라도 규정된 그 액을 지급하여야 하기 때문이다.

2) Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결은 최근 영국이 위약벌을 판단함에 있어 어떠한 기준을 두고 있는지를 판시하는 사례라 할 수 있다. Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결은 예정된 배상액과 실제 손해액이 비슷하지 않거나 양자 간에 심각한 불균형이 존재한다는 것을 증명하는 것만으로 해당 조항이 위약벌 조항이라 보아서는 안된다고 하였다. 특히 Woolf 판사는 당사자 한 쪽이 상대방에 대해 노골적인 지배를 하고 있지 않는 한, 당사적 맥락에서 계약 내용의 확실성이 필요하다는 사정만으로 당사자 사이의 합의에 관한 조항을 위약벌로 보아서는 안된다는 점을 강조하고 있다.

3) 이와 연결 선상에서 Murray v Leisureplay plc 판결은 위 사례와 유사한 경향을 보이고 있다. 본 사안에서 Arden 판사는 당사자들은 발생한 실제 손해액과 예정된 배상액 사이의 관대한 차액을 인정하였다고 볼 수 있다 판시하였으며 Buxton 판사는 예정된 배상액과 실제 손해액 사이의 차이는 양자 구별의 중요한 요소이나 이것이 해당 조항을 위약벌이라고 판단하는 결정적 기준은 아니며 하나의 지침(guide)과 같은 것이라 판시하였다. 이에 덧붙여 Clarke 판사는 “계약은 준수되어야 한다.”는 원칙을 강조하였다.

또한 이 사례에서는 “성실한 사전 추정(genuine pre-estimate)에 대해서도 그 기준(test)은 추정을 한 당사자의 성실성이나 정직성에 따라서만 결정되지는 않는다.”라고 판단하였으며, ‘예정된 배상액이 합리적인지 여부’를 고려해야 한다는 점을 명시하였다. 위 판결에서 항소법원은 단순히 조

항이 손해의 성실한 사전 추정이 아니라는 이유로 위약벌이 되지 않을 것임을 강조하였으며 Arden 판사는 단순히 예정된 배상액이 실제 발생 손해액보다 초과된 금액을 배상하게 되는 상황을 초래한다는 이유로 위약벌이 되지 않는다고 말했다.

Arden 판사는 피고용인에게 그의 부당한 해고의 경우에 1년간의 급여를 받을 권리를 부여하는 약정은 지급되어야 하는 실제 손해액을 초과하지만 다양한 고려 사항에 의해 정당화된다고 판결했다. 이 접근법은 계약 위반 당사자가 ‘계약 위반으로부터 비롯되었을 것으로 입증될 수 있는 가장 커다란 손해와 비교하여 금액적으로 터무니 없거나 과도함’을 보여주지 않는 한 조항은 위약벌로서 무효가 되지 않아야 한다는 것이었다. 사안에서 예정된 배상액은 그의 취업 능력에 미칠 수 있는 영향을 예측하기 어렵다는 것과 그가 얼마나 빨리 다른 일자리를 얻을 수 있을 것인가를 감안할 때 과도하지 않았다는 것이다.

4) McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd 판결에서는 어느 조항이 위약벌 조항에 해당하는가의 여부는 객관적 기준에 의해 판단하여야 한다고 보고 있다. 이는 Murray v Leisureplay plc 판결에서의 고려와 유사하다. McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd 판결은 예정된 배상액이 손해배상액의 예정이라는 것을 판단하기 위해 손해에 대한 성실한 사전 추정이 실제로 발생한 손해와 일치할 필요가 없다는 것, 즉 추정액이 정확할 필요는 없다는 점을 강조하고 있는 사례라고 할 수 있다. 예정된 배상액과 발생한 손해 사이에 수용할 수 없는 차이가 존재하는 경우에만 그 조항은 손해에 대한 성실한 사전 추정으로서 손해배상액의 예정이

라 판단할 수 없게 된다. 그러나 위 사례에서는 Mr. Hutley는 장래의 공사 지연으로 인한 손실 추정을 성실하게 시도하였으며 양 당사자는 각자의 법률 자문을 통해 45,000파운드라는 예정액을 손해배상의 예정액으로 숙고했다고 볼 수 있다 하였다.¹⁶¹⁾

5) M&J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd는 ‘의무 인수’ 조항의 위약별 여부를 다룬 영국의 첫 번째 판결이다. 위 사례에서 법원이 ‘의무 인수’ 조항을 위약별 조항으로 판단하지 않은 근거는 다음과 같이 요약할 수 있다.

양 당사자의 계약은 1) 상거래상 정당화 될 수 있었고 2) 압박 (oppression)에 해당되지 않았고 3) 대등한 협상력을 지닌 당사자들에 의해 자유롭게 체결되었고 4) 계약 위반을 저지하려는 현저한 목적을 갖고 있지 않았다는 것이다.

위 사례는 해당 계약이 제대로 된 자격을 갖춘 능력 있고, 경험이 있는

161) Azimut-Benetti Spa v Healey [2010] EWHC 2234는 Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd의 판결을 토대로 한 사례이다. 법원은 계약 위반에 대한 손해배상의 수준을 확정한 계약 조건을 지지하는 경향이 있는데, 특히 대등한 협상력을 지닌 회사들이 자유 의사로 계약을 체결한 경우에 그러하다. Alfred McAlpine v Tilebox 사례에서, 법원은 사전에 추정된 손해배상은 합리적으로 올바르지 않다고 판결했다. 비합리적으로 간주하는 이유는 계약서에 예정된 배상액의 정도와 입을 가능성이 있는 손해배상액의 정도 간에 상당한 차이가 있었다는 것이다. Azimut-Benetti 사례에서, 요트 건조 계약 조항은 피고인 구매자의 채무 불이행의 경우에 원고 회사가 총 계약금액의 20%의 손해배상액의 예정을 청구할 수 있는 권리를 부여했다. 피고가 구매금액의 첫 번째 분납금에 대한 채무를 불이행했을 경우, 원고는 계약을 해지하고 20%의 금액을 요구할 자격을 갖는다. 피고는 이 조항이 실제로는 위약별 조항임으로 강제할 수 없으며, 원고의 손해에 대한 성실한 사전 추정치가 아니라고 주장했다. 판사는 위 위약금 약정은 손해배상액의 예정으로 상업적으로 정당했다고 판결했다. 동 조항은 양 당사자에게 계약적 의무를 부과했으며, 사실 관계를 미루어 볼때 명백히 위약별이라 할 수 없었다. 양 당사자는 자유 의사로 계약을 체결했으며, 또한 양 당사자는 법적 대리인을 참석시켰다. 이와 같은 상사계약에서, 법원은 양 당사자의 협상을 지지 하였다.

기업인에 의해 체결되었음을 보여주고 있으며, 법원은 그 자체로 ‘의무 인수’ 조항은 이행 강제가 가능한 조항이라 판단하였다.

6) Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye Ltd v Beavis 판결에 대해 살펴본다. 종래 영국에서는 손해배상액을 미리 산정해 이루어진 손해배상액 예정과 이를 초과하는 위약벌을 구별한 뒤 전자의 강제가능성만 인정하였다. 그러나 이 판결에서는 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 판단 기준으로 구별의 문제가 제기되는 약정이 계약을 이행하는 과정에서 채권자의 법적 이익과 아무런 비례 관계없이 위약자에게 불이익을 가하는 2차적 의무인가에 관해 살펴보아야 한다고 하며 계약 위반에 대해 일정한 금전을 지급하기로 한 후 그에 관한 정당한 이익(legitimate interest)에 대해 고려하여 정당한 이익이 인정되는 범위 내에서는 그 약정은 위약벌이 아니므로 강제할 수 있다고 판시하였다. 즉, 합리적인 범위의 위약벌은 그 강제가능성을 인정하는 것과 다름이 없다고 할 것이다.

이 판결에 대해 한 저널에서는 “이러한 사례들은 이 영역의 법리에 대한 명료성을 제공하였으며, 더 나아가 공평한 경쟁의 장에서 그리고 전문가의 조언을 통한 도움으로 당사자들이 계약을 협의한 경우, 해당 조항들이 위약벌이라는 것을 근거로 계약 조항의 타당성에 이의를 제기하는 것은 예정된 손해배상액을 지급해야 할 당사자들에게 훨씬 더 어려워질 것 같다.”라고 언급을 하였다. 또 다른 이들은 위 판결이 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판결에서의 위약벌 조항에 대한 지나치게 엄격한 범주를 포기하는 판결로, 대법원은 과거와 달

리 발생한 손해와 차이가 나는 예정된 배상액도 위약벌 판단을 피해 가게 됨으로써 상업계에는 앞으로 배상액을 측정하는 것에 어느 정도의 예정된 배상액이 위약벌로 판단 될 것인지를 예상함에 있어 일부 불확실성을 조성할 수 있음을 시사하였다.¹⁶²⁾

제 3 절 영국에서의 위약벌 법리에 관한 고찰

I. 위약벌에 대한 거부

영국법에서 위약벌 법리에 대한 거부는 깊은 뿌리를 가지고 있다. 징벌(punishment)보다는 손해배상(compensation)이 계약 위반에 대한 구제수단이라는 사실은 오랜 시간에 걸쳐 형성된 판례로부터 확인할 수 있다.

Lloyd 판사는 Co-operative Insurance Society v Argyll Stores Ltd¹⁶³⁾ 판결에서 “계약법의 목적은 위약자에 대한 징벌이 아닌 상대방 당사자의

162) <https://hardwicke.co.uk/the-law-on-penalties-after-parkingeye-v-beavis/> (최종 확인: 2019.7.10. 20:26) The Law on Penalties After ParkingEye v Beavis.

163) [1998] AC 1; 간략한 사실관계는 다음과 같다. 원고와 피고는 피고가 쇼핑센터의 한 구역을 35년간 사용하도록 하는 임대계약을 체결 하였다. 임대계약 조항에 동 부동산을 현지 지역의 통상적인 영업시간 중에 상거래를 위해 계속 개점해야 한다는 약관이 있었다. 동 부동산은 슈퍼마켓으로 사용되었는데, 우연히도 쇼핑센터 내에서 가장 인기를 끄는 곳이 되었다. 피고는 이후 그들의 사업을 재검토하여 슈퍼마켓 중 27군데를 폐쇄했는데, 동 슈퍼마켓이 그중 하나로 포함되었다. 원고는 임대료 인하를 제시하며 피고가 시장에 그대로 남아 있게 하려 했지만, 아무런 응답 없이 피고는 동 슈퍼마켓을 폐쇄했다. 원고는 특정이행/혹은 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

기대를 충족시키는 것에 있다. 이것은 계약 위반이 고의적인지 여부를 불문하며 고의적인 계약 불이행 당사자도 계약 불이행 이상의 책임을 지지 않는다.”라고 판시하였다. 또한 Burrows는 영국법에서의 계약 위반에 대한 구제에 있어 징벌이 아닌 손해배상이 주된 쟁점이며 징벌이라 함은 형사상의 쟁점이라고 하였다. 즉, 계약상 의무를 위반한 것에 대해 계약 당사자들이 서로를 징벌해서는 안되며, 법원이 인정할 수 있는 수준 이상의 손해배상은 징벌로 간주된다는 것이다.

이처럼 위약벌 법리가 무효가 되는 것은 영국 법원에서 손해배상 이외의 것을 혐오하는 것에 기인한다고 할 수 있다.¹⁶⁴⁾ 이는 계약 구제의 목적은 손해배상이며 제재가 되어서는 안된다는 관점을 전제로 한다. 또한 손해배상은 손해를 입은 당사자로 하여금 실제 손해 범위를 초과하는 이익을 얻게 해서도 안된다. 이는 손해에 대한 공정한 배상 원칙은 아무리 계약 자유의 원칙 아래서라도 벗어나서는 안된다는 깊은 신뢰에서부터 기인한다.¹⁶⁵⁾

위약벌 조항이 무효가 되는 근거는 위약벌 조항을 인정하게 되면 피해 당사자의 터무니 없이 높은 배상액 요구에 대한 위협에 위약자가 노출될 수 있다는 점에 있다. 위약벌 조항은 과도하거나 압박적일 가능성이 있기 때문에 아예 이를 무효로 함으로써 해당 위협을 배제시키는 것이다. 위약벌 조항을 반대하는 또 다른 근거는 위약벌이 계약의 효율적인 위반을 억제할 수 있다는 점이다. 즉, 계약 당사자들이 위약벌이 없다면 계약을 위

164) M. C. Wishart, ‘Controlling the Power to Agree Damages’ in P Birks (ed), Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century, Clarendon Press; Oxford, 1996, p.279.

165) S. Rowan, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.187.

반하는 것이 경제적으로 더 효율적일 가능성이 있음에도 위약벌 조항으로 인해 자신의 의무를 이행할 것을 강요 받을 수 있다는 것이다.¹⁶⁶⁾

II. 법원의 최근 경향

영국법에서 위약벌의 법리가 무효임에는 의문의 여지가 없다. 그러나 최근 위약벌 조항의 판단에 있어 많은 자유를 허용하는 경계 사례(borderline case)들을 통해 위약벌에 대한 법원의 경향을 파악해 볼 수 있다. 첫 번째 사례는 위에서 살펴보았던 Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결이다. 위 사례에서 Woolf 판사는 다음과 같이 말하였다.

“법원은 계약 조항이 위약벌인지를 판단 하는데 있어 너무 엄격한 기준을 두지 않도록 주의하여야 하며, 계약 당사자들이 합의한 내용들이 정상적으로 인정될 수 있도록 해야함을 명심해야 한다. 어떠한 다른 접근 방식은 특히 상사계약에 있어서 바람직하지 않은 불확실성을 초래하게 될 것이다. 각각의 당사 이익을 잘 보호할 수 있는 양 계약 당사자들이 위약벌 규정에 합의하였다는 사실은 손해배상액의 예정을 산정하는 방식이 강압에 의한 것이 아님을 시사한다.”

166) R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th ed, 2002, p.128-131; 미국 문헌이나 영국법에 참조 할 논의이다.; J. Fenton, *Liquidated Damages as Prima Facie Evidence*, (1975-1976) 51 Ind LJ, p.188.

이러한 추세의 근원은 서로 대등한 입장에서 협상하는 당사계약에 있다. 당사계약에 있어서 제재적 성격을 띄는 조항을 해석함에 있어서 법원은 점차 계약 당사자들이 계약 내용에 명시된 바를 존중하는 유리한 해석을 하려 하고 있다.¹⁶⁷⁾ Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결은 예정된 배상액이 컸음에도 불구하고 그러한 약정이 강압에 의한 것이 아니었음을 이유로 예정된 배상액을 손해배상액의 예정으로 판단하는 첫 번째 사례였으며 이는 뒤이어 Murray v Leisureplay plc 판결에서 더욱 명백해졌다. Murray v Leisureplay plc 판결에서 예정된 배상액과 계약 위반으로 인한 피해 당사자의 실제 손해의 균형에 대한 판단은 보다 광범위한 요인들의 고려를 통해 변화하였다. 고려된 요인들에는 예정된 배상액의 합리성과 예정된 배상액의 상업상 정당성 등을 들 수 있다.

Murray v Leisureplay plc 판결에서 문제가 되었던 조항은 앞서 봤듯이 고용계약에 포함되어 있었다. 이 조항은 고용인이 1년 전에 미리 통보하지 않고 피고용인을 해고할 경우 1년 총 급여와 동일한 금액을 피고용인에게 지급하도록 규정하고 있었다. 항소법원은 이러한 내용의 조항이 해고를 방해(deterrent)하려는 의도로 합의된 것이 아니므로 손해배상액의 예정으로 인정된다고 판단하였다.

그에 대한 근거로는 첫 번째, 명시된 금액과 발생한 손해 간의 명백한 차이가 비록 결정적인 요소는 아니지만 중요한 요소임을 명시하면서도 이 조항은 상업적 정당성을 가진다는 것이었으며, 두번째는 예정된 배상액과 발생한 손해 간의 차이는 예정된 배상액이 위약벌인지를 판단하는 것에

167) S. Rowan, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.221.

지침 정도로만 간주되어야 한다는 것이다. 그러므로 비록 그 액수가 크더라도, 계약 당사자들이 비교적 동등한 협상력과 계약의 상업적 특성의 관점에서 볼 때 약정된 금액을 비양심적인 것이라 볼 수 없다. 세 번째로는 “계약은 준수되어야 한다(pacta sunt sercanda).”는 일반적인 원칙을 고려할 때, 법원은 예정된 배상액에 관한 조항이 위약벌 조항이라는 판결을 내리기 전에 신중을 기해야 한다는 것이다.

예정된 배상액이 징벌적인지를 판단하는 것에 있어 과도한 배상의 검증에서 벗어나는 사례는 Alfred McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd 판결을 들 수 있다. 위 사례에서는 예정된 배상액을 평가하는 기준으로 합리성(reasonableness)을 판단한다. 아래는 Jackson 판사의 판결 내용이다.

“손해배상에 대한 사전 추정은 합리적임을 내세우기 위한 정확성을 필요로 하지는 않는다. 사전 추정이 불합리하다고 말하기 전에, 계약에 명시된 손해의 정도와 계약 위반으로 인해 입을 가능성이 있는 손해 간에 상당한 차이가 있어야 한다.”

위 사례들을 통해, 법원은 적어도 자유롭게 합의한 당사계약에 관련하여 예정된 배상액의 위약벌 여부 판단에 있어 관대하게 접근하는 것을 알 수 있다. 계약 당사자들이 대등한 협상력을 가진 경우 예정된 배상액이 지나치게 도를 넘지 않는 한 법원의 개입은 상당히 낮아질 것임을 기대할 수 있다. 즉, 합리적인 제재(reasonable deterrent)의 효과는 용인되며 ‘손해에 대한 성실한 사전 추정’은 한계가 있다는 것이다.¹⁶⁸⁾

Ⅲ. 영국의 위약벌 법리에 대한 새로운 시각

1. 서설

위에서 살펴보았다시피, 영국은 손해배상액의 예정과는 달리 위약벌에 대한 강제가능성을 부정한다. 영국법에 있어 계약 위반에 대한 법적 구제의 기본 원칙은 계약 위반에 의해 발생한 손해에 대한 정당한 배상이기 때문이다. 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별에 있어 지도적 판결이라 할 수 있는 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd* 판결에서도 손해배상액의 예정의 본질은 성실한 사전 추정(genuine pre-estimate)에 있으며 위약벌의 본질은 위약자에 대한 경고로 규정된 지급에 있다고 하였다.

그러나 이러한 전통적인 견해에 대하여 회의론이 제시되기도 한다. 예정된 배상액과 실제 발생하는 손해액이 일치되는 경우는 드물 것이며 “성실한 손해액의 사전 추정치”와 “위약자에 대한 경고”를 구별하는 것이 어렵고 양자의 법적 취급을 달리할 정당한 이유를 찾기 어렵다는 점 때문이다.¹⁶⁸⁾ Collins는 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별이 어렵고 양자 간의 명확한 차이가 없을 수 있다는 점을 언급하며 위약벌을 무효로 하는 태도는 손해배상의 예정의 효용성을 떨어뜨린다고 주장한다. Collins의 주장은 위약벌의 무효는 예정된 배상액이 가져다주는 확실성을 훼손하며 무엇도

168) S. Rowan, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.222.

169) 권영준, 전게 논문, 210면.

계약에 대한 이 값비싼 침해를 정당화 할 수 없다는 것이다.¹⁷⁰⁾ 또한 채권자에 대한 소위 뜻밖의 이득(windfall)을 부여하는 것을 방지하기 위한 위약벌 무효 법리의 후견적(paternalistic) 개입은 오히려 채무자에 대한 실제적인 이득으로 이어질 수 있다는 점을 지적한다.¹⁷¹⁾ 이에 덧붙여 Colins는 예정된 배상액이 채무자를 압박하며(in terrorem) 채무자를 강제하도록 하는 제재적(punitive) 성격을 띠는 경우, 그러한 약정은 위약벌로 무효가 되어야 한다는 것에 대해 모든 계약은 어느 정도 당사자들의 미래 행동의 자유를 제한하며, 위약벌 약정이 ‘압박적(in terrorem)’이라는 전통적인 설명에 대하여는 《베니스의 상인》의 샤일록의 ‘터무니 없는 요구’¹⁷²⁾(1파운드의 살; Pound of flesh)와 같은 경우에서나 해당 되는 설명이며 당사자들에 의해 합의된 계약 내용 중 위약벌의 성격을 띠는 약정은 ‘압박에(in terrorem)’ 의하지 않고도 체결될 수 있다고 하였다.¹⁷³⁾

또한 위약벌 무효 법리는 위약벌의 유효성을 인정하되 그 감액을 허용하는 세계적 흐름에도 부합하지 않으며, 그로 인해 국제거래에서 준거법을 어떻게 지정하느냐에 따라 결과가 크게 달라질 수 있다는 문제점을 가지고 있다는 주장도 존재한다.¹⁷⁴⁾ 이에 대하여 영국의 학자들은 비양심적이지 않으면서 위약벌의 성격을 띠는 약정은 유효하다는 보다 발전적인 견

170) H. Colins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 4th ed, 2003, p.374.

171) J. Morgan, Great Debates In Contract Law, 2nd ed, 2015, p.239.

172) 셰익스피어의 희곡 《베니스의 상인》에서 샤일록은 안토니오에게 친구의 보증을 세워 놓고 기한까지 갚지 않으면 안토니오의 살 1파운드를 베어내겠다는 조건으로 돈을 빌려줬다. 결국 돈을 기일안에 받지 못했다는 이유를 들어 소송하여 살 1파운드를 베려 들었으나 안토니오를 구하기 위하여, 판사로 변장한 포샤로부터 피는 한 방울도 흘리지 말고 살만 베어내라는 판결을 받았다.

173) H. Colins, The Law of Contract, Cambridge University Press, 4th ed, 2003, p.377.

162) I. Marin Garica, Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties, European Journal of Legal Studies, Volume 5, Issue 1 (spring/summer 2012), p.98-123 참조. [권영준, 전게 논문, 210면 재인용]

해를 제시하였다.¹⁷⁵⁾ 즉, 계약 당사자들은 주의 깊게 고려한 위약벌의 성격을 띠는 조항을 통해 계약 이행을 촉구할 자유가 있으며 해당 조항의 과다 배상 여부를 판단하는 어설픈 기준은 버려야 한다는 것이다.¹⁷⁶⁾

2. 위약벌 판단에 있어 엄격한 기준에 대한 비판

최근 영국법은 위약벌 판단에 대한 입장을 완화하고 있다. Burrows는 계약 위반에 대한 위약벌 구제수단에 관한 적대감이 약화되고 있음을 언급하였다. 앞의 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd* 판결에서 Dunedin 판사가 세운 4대 규칙을 소개하며 검토한 부분과 그 이후에 소개했던 판례에서도 살펴본 바와 같이 법원은 Dunedin 판사의 지나치게 엄격한 기준을 적용하는 것을 꺼리고 있다. 최근에는 Dunedin 판사의 4대 규칙을 현대 사회에서 적용하는 것은 숙고해야 할 필요가 있다는 의견이 추세이다. 최근 사례들을 검토해 보면 Dunedin 판사의 4대 규칙을 직접적으로 적용될 수 있는 단순하고 간단한 사례들이 많아 보이지 않는다. 최대 2시간 무료 주차 시간을 초과한 운전자에게 부과된 주차 요금에 관한 *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye Ltd v Beavis* 판결에서의 *ParkingEye* 사례는 비교적 단순하고 간단한 사례라고 할 수 있다. 그러나 본 사례에서도 대

175) M. C. Wishart, 'Controlling the Power to Agree Damages' in P Birks (ed), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Clarendon Press; Oxford, 1996, p.281

176) L. Gullifer, 'Agreed Remedies' in Burrows and Peel (eds), "Commercial Remedies: Current Issues and Problems", Oxford: Oxford University Press, 2003, p.191.

법원은 판결에 있어 Dunedin 판사의 규칙을 직접적으로 적용하지 않았다.¹⁷⁷⁾ 본 판결에서 Neuberger 판사와 Sumption판사는 Dunedin 판사의 4대 규칙은 위약벌인지를 결정하기 위한 규칙이 아닌, 하나의 지침 정도로서만 다루어져야 함을 분명히 하였다. Dunedin 판사의 4대 규칙은 그 당시의 상황을 기반하여 만들어진 것이기에, 현대 사회의 이해 관계 속에서 적용되기에는 현저히 다른 부분들이 존재하기 때문이다.¹⁷⁸⁾

또 다른 비판으로는 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판결에서 Dunedin 판사는 손해배상액 예정의 본질은 약정에 의해 손해배상액을 성실하게 사전 추정하는 것이라고 하였지만, 본 규칙들은 한 사안에서 예정된 배상액의 위약벌 여부를 판단하는데 있어 고려해야 할 사항들에 대한 논증(reasoning)이나 양 당사자들 간에 발생한 갈등을 균형(balancing)있게 판단하는 과정이 없이 포괄적이며 추상적이라는 것이다.

영국에서는 도급계약의 경우, 당사자들에 의해 흔히 위약벌 조항이라고 칭해지는 지연손해배상에 관한 계약 조항이 통상적으로 시행되는 것이 사실이다. 적어도 여기에서는 위약벌 무효 법리가 적용될 가능성이 있다고 인정되지만, 현실적으로 법원들은 그런 계약들에 개입하기를 꺼리고 있다. 재판 시간과 행정 비용의 절약하는 합의된 절차나 구제를 승인하는 추세가 늘고 있고, 건축 계약의 지연에 대한 정기 손해배상액의 예정이 과도

177) M. Yip and Y. Goh, Convergence between Australian Common Law and English Common Law: The Rule against Penalties in the age of Freedom of Contract, Common Law World Review 46(1), March 2017, p.63.

178) M. Yip and Y. Goh, Convergence between Australian Common Law and English common Law: The Rule against Penalties in the age of Freedom of Contract, Common Law World Review 46(1), March 2017, p.66; 이와 관련하여 위약벌 법리의 현대 적용에 있어서 계약 자유의 중요성을 강조하였다.

해 위약벌을 구성한다고 판시한 것으로 보고된 사안이 영국에서는 사실상 없는 것으로 보인다는 견해 또한 존재한다.¹⁷⁹⁾

Dunedin 판사의 4대 규칙의 적용에 대한 회의적인 태도는 Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결에서 Woolf 판사에 의해 분명하게 제시되고 있다. Woolf 판사는 다음과 같이 말한다.

“계약을 체결함으로써 무릅쓰는 책임 및 위험의 정도를 합리적인 수준에서 확실하게 알 수 있어야 하는 것이 [당사자들에게] 이익이 될 것이다. 이것은 건축 및 엔지니어링 계약들의 경우에 특히 그러하다. 건설업자로서는, 손해배상액 예정의 규정에 동의함으로써 계약상 의무를 준수하지 못할 경우에 계약에 따라 자신이 저야 하는 책임 정도에 관한 불확실성을 제거하려 할 것이다……. 그러므로 계약에 손해배상액의 예정 조항을 포함하여 불확실성을 제거하는 것은 계약의 양측에 상업적으로 유의미하다. 이는 손해배상의 예정이 분쟁 및 소송 가능성의 위험을 줄이기 위함임을 말한다.”

그런 다음 그는 Elsey v JG Collins Insurance Agencies Ltd¹⁸⁰⁾판결에서 Dickens 판사가 제시하였던 다음과 같은 의견을 찬성하며 인용하였다.

“제재적 성격을 띠는 약정을 무효로 하는 것은 계약의 자유에 대한 노골적인 간섭이며, 이는 예정된 배상액을 지급해야 하는 당사자에게 압박의 경감을 제공한다는 단 한 가지 목적을 위한 것이다. 압

179) D. Wallace, Hudson's Building and Engineering Contract, 11th ed, 1995, p.1132.

180) [1978] 83 DLR I, 15.

박이 없는 경우에는 제재적 성격을 띠는 약정을 무효화 시키려 하는 주장은 의미가 없다.”

이에 더해 Clarke 판사는 과거의 법원은 예정된 배상액이 ‘터무니없고 비양심적인지’를 판단하는데 치우쳐 예정된 배상액에 대한 상업적 정당성을 판단하지 못하였다는 점을 지적하였다.

Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결과 그 이후의 판결들을 미루어 볼 때, 위약벌 무효 법리에 있어서 예정된 배상액의 비양심성과 압박을 판단하는데 있어 그 기준이 완화되고 있으며 그 결과 법원은 계약이 외양상 자유로이 교섭된 경우에는 예정된 배상액에 관한 조항들은 배상의 정도가 일견 불균형하더라도 시행되어야 한다고 판단하고 있다. 그러나 최근 법원의 태도가 Dunedin 판사의 4대 규칙의 완전한 포기를 의미하지는 않을 것이다. 다만 Dunedin 판사의 4대 규칙은 단지 고려할 수 있는 지침 정도로 인정하는 것일 것이고,¹⁰⁴ 그것들을 하나의 ‘규칙’으로 취급하지는 않으려는 것이다.

또 한편에서는 영국법상의 위약금 약정 체계를 비판하는 견해도 존재한다. 이러한 견해에 대한 근거는 다음과 같다. 위약벌은 보통법의 단순한 역사적 인공물로 현대적인 형태로는 불과 1세기 밖에 유지되지 않았으며 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판결은 수약자가 위약벌로 인해 ‘부당하게 이익’을 취할 것이라는 단편적인 견해에 영향을 받았다는 것이다.¹⁸¹⁾ 또한 Hatzis는 대륙법이 위약금 체계

181) Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi; ParkingEye Ltd v Beavis 판결에서는 다음과 같이 말한다. 위약벌 법리는 “아주 오래전부터 가까스로 견뎌온 무계획적으로 구축된 체계”이다. 그러나 위약벌 법리는 오랫동안 유지되고 있으며 유사한 규칙이 다른 모든 선진국의 법 체계에도 존재한다. 또한 달리 무엇으로 규제할 수 없

에 있어 보통법과 비교하여 경제적 우월성을 보여준다고 주장한다.¹⁸²⁾ 이에 덧붙여 Treitel은 위약벌과 손해배상액의 예정을 구별하는 보통법의 규칙은 가장 최악(worst)의 것만을 취하고 있다고 말한다. 영국법상 위약금 약정의 체계는 위약금 자체가 구별에 있어 명확한 기준을 가지기 어렵다는 점에서 구별의 확실성을 달성하지도, 감액에 대한 법원의 권한이 존재하지 않기 때문에 이를 통해 얻을 수 있는 유연성도 달성하지 못한다는 것이다.¹⁸³⁾ 이에 덧붙여, 위약벌 무효 법리 자체를 부정하는 견해도 존재한다. Edwin Peel은 위약벌 무효 법리의 폐지를 주장하며 향후에는 이 주장이 최선의 방법이 될 것이라고 주장한다. 그는 상사적 맥락에서 위약벌 무효 법리를 유지하는 것에 관해서도 문제를 제기한다. 비록 위약벌 무효 법리가 상사계약에 있어서는 비교적 완화되어 적용된다 하더라도 법원이 예정된 배상액의 위약벌 여부를 판단하는 것 자체가 당사자들 간의 계약 합의에 있어 모호한 접근(ambivalent approach)을 초래할 수 있다는 것이다.¹⁸⁴⁾

3. 계약 자유의 원칙

Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판

는 계약 유형을 다룰 수 있게 한다. 따라서 위약벌 법리는 사라져서는 안되며 또한 확장되어서도 안된다.

182) J. Morgan, Great Debates In Contract Law, 2nd ed, 2015, p.236; 위약벌의 강제가능성을 부정하는 보통법과 달리 대륙법은 위약벌의 강제가능성을 인정하며 손해배상액의 예정의 감액 조항도 갖추고 있다.

183) G.H Treitel, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford: Clarendon Press. 1991, p.233.

184) J. Morgan, Great Debates In Contract Law, 2nd ed, 2015, p.242.

결에서 Dunedin 판사가 실시한 위약벌 무효 법리에 대한 또 다른 비판적 시각은 계약 자유의 존중에 대한 중요성을 명시적으로 언급하고 있지 않다는 것이다.

위에서 설명한 바와 같이, Philips Hong Kong Ltd v The Attorney-General of Hong Kong 판결에서 Woolf 판사는 위약벌 무효 법리는 계약의 자유가 영국법에 행사하는 일반적인 영향력을 피할 수 있을 정도의 중요성을 가지고 있지 않음을 조심스럽게 강조하였다. 또한 그는 양 당사자가 균등한 위치에서 자유롭게 체결한 계약의 경우, 법원들은 위 계약을 통해 체결된 위약금 약정을 위약벌로 판단하는데 신중해야 할 것이라고 판단함으로써 계약 자유의 원칙이 존중되어야 할 것임을 강조하였다.¹⁸⁵⁾ AMEV UDC Finance Ltd v Austin¹⁸⁶⁾ 판결에서도 동일한 견해를 밝히고 있다. 내용은 다음과 같다.

“일부는 위약벌 무효 법리(doctrine of penalties)에 관해 계약의 절대적 자유에 대한 비판들의 중요한 측면, 즉 협상 불균등의 가능성에 대해 지적한다. 법원은 계약의 자유와 계약 당사자 중 상대적으로 약한 당사자의 보호의 충돌하는 이익 사이에서 균형을 잡아야 한다.”

이에 덧붙여, Downes는 양자 구별에 있어 결정적인 기준은 예정된 배상액이 통상적으로 지급될 수 있는 배상과 불균형한 금액인지 여부여야 한

185) T. Downes, 'Rethinking Penalty' in P. Birk (ed), "Wrong and Remedies in the Twenty-First Century", Clarendon Press: Oxford, 1996, p.262.

186) [1986] 162 CLR 170.

다고 주장한다. 심각한 불균형의 위험이 없다면 해당 배상액은 더 이상의 탐색(enquiry)이 필요하지 않다. 그러나 불균형한 배상의 위험이 있는 경우, 그 약정이 비양심적인지에 대해 탐색 하여야 한다. 약정의 비양심적 여부는 계약 자유의 원칙 아래 선불리 판단할 것은 아니며, 계약 당사자들 간 협상력의 불균등이 있는 경우에만 예정된 배상액은 비양심적이라 할 수 있을 것이다. 이러한 방식으로 불균형은 비양심성을 감지하는 수단으로서의 역할을 하게 될 것이며, 불균형 그 자체가 약정된 금액을 용인하지 않는 충분한 근거가 되지 않는 못할 것이다.¹⁸⁷⁾

법원은 일반적으로 계약 당사자들의 규모가 상당한 경우에 불공평이 야기될 가능성이 낮다는 견해를 제시한다. 이는 거대 상업 조직에서 더욱 명백해진다. 그들은 법률 자문을 통해 불리한 조건들을 세밀하게 살피고 검토할 수 있다. 또한 문제가 발생할 경우, 보험으로 대비하여 보호를 받게 된다. 이러한 배경에서 살펴볼 때, 대등한 입장에서 상업적 실체들이 체결한 계약은 불공평하지 않을 것으로 추정함이 타당하다.¹⁸⁸⁾ *Watford Electronic Ltd v Sanderson CFL Ltd*¹⁸⁹⁾ 판결에서 Chadwick 판사는 다음과 같이 언급하였다.

“동등한 협상력을 지닌 규모가 상당한 회사들을 대표하는 경험 많은 기업인들이 계약을 협상할 경우, 다루는 문제들은 그들이 가장 잘 알고 있

187) T. Downes, ‘Rethinking Penalty’ in P. Birk (ed), “Wrong and Remedies in the Twenty-First Century”, Clarendon Press: Oxford, 1996, p.263.

188) 또 다른 이의는 처음에는 불공평하지 않았더라도, 계약 조항이 실행될 무렵에는 잠재적으로 강압적일 수 있다는 것이다. 그러나 이러한 비판은 설득력이 없다. 계약 당사자들이 어떻게 자신들의 다투어지는 이익과 위험 부담 간의 균형을 맞출 것인지 선택하고 해당 조항에 그들 자신의 의지로 합의한 경우 상황이 변했다거나 혹은 해당 조항이 극히 부담된다고 하여 달리 취급해서는 안된다.

189) [2001] EWCA Civ 317(CA).

는 내용일 것들이다. 나의 견해로는 그들은 계약 조건들에 대한 공평성과 합리성에 대해 최선의 판단을 내렸을 것이다. 계약 당사자 중 어느 한쪽이 자신이 생각하기에 계약이 불공평하거나, 상대방에게 부당한 이점을 제공하였거나 혹은 계약 조건이 부적절하거나 고려될 수 없을 정도로 부당하다고 여기고서도 계약을 체결했을 가능성이 있다고 추정할 수 없으므로 법원은 개입해서는 안된다. 상당한 규모의 동등한 거래를 할 수 있는 계약 당사자들의 경우 위험을 자체적으로 분담하도록 내버려 두는 것이 최선이다.”

제제적 성격을 띠는 약정은 위험에 대한 당사자들의 의도적인 분담을 반영한 것이라고 할 수 있다. 또한, 어느 일방이 매우 높은 주관적 가치로 인해(예를 들어, 결혼식 사진) 배상이 아닌 실제 이행을 원하고 이를 위해 당사자들이 합의를 하는 과정에 있어 수약자가 필요한 프리미엄을 기꺼이 지급하는 경우, 본 약정을 위약벌이라는 이유로 강제하지 못할 이유가 없다는 것이다.¹⁹⁰⁾ 수약자가 프리미엄을 지급하게 되면 약속자는 이행에 특별한 주의를 기울이게 될 것이다. 계약 당사자들이 평균 이상의 가격에 대한 대가를 지급하고 평균 이상의 품질을 갖춘 계약 내용의 이행할 것을 합의한 경우에, 법원이 이러한 합의를 예정된 배상액이 계약 위반시 발생할 통상적인 손해액보다 과다하다는 이유로 위약벌로 판단하는 것은 매우 비효율적이며 과소 배상을 초래할 수 있다.¹⁹¹⁾

190) J. Morgan, *Great Debates In Contract Law*, 2nd ed, 2015, p.240.

191) A. N. Hatzis, *Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law*, Department of Philosophy and History of Science, University of Athens, University Campus, 2002, p.390; 그리스 문헌이나 영국법에 관한 논의이므로 참조한다.

또한 위약벌을 무효로 하는 가장 주된 근거 중 하나는 계약의 ‘효율적인 위반’을 바탕으로 한다. 계약 위반이 때때로 당사자들에게는 손해 비용을 낮추는 경제적으로 훌륭한 방법이 될 수 있음에도 위약벌 조항으로 인해 자신의 의무를 이행할 것을 강요받을 수 있다는 것이다. 그러나 이에 대해 Goetz와 Scott은 위약벌 조항이 ‘효율적인 위반’을 반드시 억제하는 것이 아님을 주장한다. 명시된 금액이 수약자의 손해를 초과할 수 있지만, 그것이 약속자가 계약을 위반하므로써 생기는 이익에서 부분적인 토출만을 요구하는 초과일 경우 채무자는 위약벌 조항으로 인해 계약의 ‘효율적인 위반’을 억제 받았다고 할 수 없게 된다. 또한 Goetz와 Scott은 위약벌이 계약의 ‘효율적 위반’을 억제한다는 주장은 후견적(paternalistic)이라고 말한다. 위약벌이 계약의 ‘효율적 위반’을 억제한다는 주장에 따르면, 당사자들은 경제적으로 합리적인 자들로서 효율적인 위반을 선호해야 하기 때문에 위약벌 조항을 보유하려 할 수 없다는 것이다. 그러나 당사자들은 계약 체결 당시 위약벌 조항과 위약벌 조항으로 인해 효율적인 위반이 저지될 수 있는 비용을 비교할 수 있었을 것이며 이에 대해 법원이 나서서 위약자에게 후견적인 배려를 보여주어야 한다는 것은 타당치 않아 보인다.¹⁹²⁾

이에 덧붙여, Ham은 ‘계약의 자유는 경제적 분석의 표준 가정들에 근거하며, 그들에게 맡기면, 동등한 조건의 당사자들은 양측의 이익을 최대화할 것’이라 주장하며 위약벌 조항과 경제적 분석(economical analysis)의

192) J. Morgan, Great Debates In Contract Law, 2nd ed, 2015, p.238; 전통적으로 영미법 학자들은 위약벌은 계약 위반에 따른 구제의 영역에 관한 약정이고, 이러한 구제는 법원 등 공적 주체가 공권력을 발휘하여 행하는 것이므로 일반적인 약정보다 당사자의 계약 자유의 원칙이 더 크게 제한되어야 한다고 생각하여 왔다. 그러나 Collins는 이에 대한 의문을 제시하고 있다.

관련성에 대해 언급하였다.¹⁹³⁾ Ham이 제시한 또 하나의 견해는 정보에 대한 접근이다. 손해가 지속되는 것과, 계약 위반시 예상되는 손해에 대해 평가할 때 법원이 입수 가능한 정보는 계약 당시 당사자들이 입수할 수 있는 정보보다 열등하다. 이러한 관점에서 볼 때 계약 당사자간의 협상력의 불평등이 존재하지 않았을 경우, 얼마만큼의 손해배상액이 지급되어야 하는가에 대해서 계약 내용에 관해 가장 잘 알고 있는 당사자들이 미리 고려하여 합의하였다는 장점은 금액이 예정된 배상액이 과도할 수 있다는 우려를 능가한다.¹⁹⁴⁾

결론적으로, 법원은 계약 당사자들이 합의한 예정된 배상액을 계약 위반으로 인해 발생할 수 있는 실제 손해에 대한 최선의 추정치로 받아들여야 한다. 그러나 그는 그러한 추론은 비슷한 협상력을 갖는 당사자 간에 충분히 협상된 '상거래'에만 적용되며, 법원은 예정된 배상액이 대등하지 못한 계약 당사자들에 의한 것인지를 판단하여 위약벌 무효 법리를 적용함에 있어 중요한 역할을 한다는 것을 인정한다.¹⁹⁵⁾ 이에 대해 Rea는 법원의 판단에 있어서 예정된 배상액이 부당함이나 과실에 근거하는 것임을 판단하는 것 이외에 대해 간섭하는 것에는 정당성을 찾을 수 없다고 하였다.¹⁹⁶⁾

위약벌 조항에 대한 이의로는 위약벌 조항의 존재 자체가 협상에 압박을

193) A. Ham, The Rule against Penalties in Contract: An Economic Perspective, 17 MelbULRev, 1990, p.649; 호주 문헌이나 영국법에 참조할 논의이다.

194) L. Gullifer, 'Agreed Remedies' in Burrows and Peel (eds) "Commercial Remedies: Current Issues and Problems", Oxford: Oxford University Press, 2003, p.197

195) A. Ham, The Rule against Penalties in Contract: an Economic Perspective, 17 MelbULRev, p.649

196) S. Rea, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated damages, 13 JLS, 1984, p.147; Rea는 계약이 자유롭게 협상 되지 않았다고 주장하는 당사자에게 입증책임이 있다고 하는 것이 계약의 자유에 대한 관심과 더 일치한다고 주장한다.

가할 가능성이 높다는 것에 있다.¹⁹⁷⁾ 위약벌 조항은 대부분 수약자에게 유리하기 때문에 계약에 이 조항을 받아들이는 사실만으로도 위험을 불러 일으킬 수 있다는 것이다. 그러나 불공평성을 상쇄시키기 위해 당사자들이 합의한 구제수단 자체를 무효화 하는 것은 미숙한 해결책이다. 문제가 제기되는 조항이 실제로 불공평이 야기된 것인지 주의 깊게 탐색하는 것이 더 바람직할 것이며 구제수단 그 자체가 불공평한 것으로 추정되어서는 안될 것이다. 계약 당사자들이 계약 위반에 대한 구제수단을 합의할 자유가 있고 약정 구제수단의 목적이 수약자에게 만족을 부여하는 것이라면, 그러한 주장은 더욱 힘을 받을 것이다.¹⁹⁸⁾

위약금 약정이 본질적으로 불공평하다고 할 수 없지만, 계약 당사자 간 불평등이 존재하는 경우에는 압박이 야기될 수 있다. 특히 계약에 있어서 입지가 강한 당사자가 존재하는 경우, 그리고 계약 당사자 중 한편이 소비자 혹은 소기업인 경우 압박의 위험은 높아진다. 계약 자유의 원칙이 양 당사자의 협상력 불평등과 계약의 부적절성으로부터의 보호보다 중시되어야 하는 것은 아니다.¹⁹⁹⁾ 따라서 상대적으로 약한 계약 당사자가 보호 받을 수 있는 수단이 필요함은 사실이다.²⁰⁰⁾

그렇기 때문에, 영국법은 규정을 통하여 불균형을 바로 잡고 있다. 소비자계약상 불공정 조항에 관한 규정(The unfair Terms in consumer

197) D. Harris, D. Campbell, and R. Halson, Remedies in Contract and Tort, 2nd edn, CUP; Cambridge, 2005, p.146; D. Harries, Incentive to Perform, or Break Contracts, Current Legal Problems, Volume 45, 1992, p.37.

198) S. Rowan, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.225.

199) M. Yip and Y. Goh, Convergence between Australian Common Law and English Common Law: The rule against Penalties in the Age of Freedom of Contract, Common Law World Review 46(1), March 2017, p.64.

200) S. Rowan, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance, Oxford: Oxford University Press, 2013, p.225.

contract regulations 1999)에 의해 특히 착취에 취약한 집단으로 인식되는 소비자는 불공평한 조항으로부터 보호받을 수 있다. 또한 ‘계약 불공정 조건’에 대한 보고서에서의 법개정위원회(Law Commission)의 제안에 따라 소비자들에게 제공되는 규제적 보호가 소기업들에게도 확대되었다.²⁰¹⁾ 계약 당사자 중 한쪽이 소기업인 경우, 계약에서 야기되는 불공평성을 법원이 통제할 수 있게 되는 것이다.²⁰²⁾

IV. 우리 민법과 영국법의 비교와 고찰

위에서 살펴본 내용을 토대로 위약금 약정에 관한 우리 민법과 영국법의

201) Law Commission, Unfair Terms in Contracts (law com No 166, 2002); Following our 2002 consultation, we published a final report on 24 February 2005, Unfair Terms in Contracts, and draft Bill. The two Law Commissions recommended a single, unified piece of legislation, which preserves the existing level of consumer protection. We also recommended improved protection for the smallest and most vulnerable businesses (employing 9 or fewer staff). This project is complete. Our recommendations have been accepted by the Government and now form Part 2 of the Consumer Rights Act 2015, which came into force on 1 October 2015.

202) 소비자계약은 상사계약과 비교했을 때, 자유로이 교섭되지 않는 계약이라 할 수 있으므로 법원은 예정된 배상액이 압박에 의해 행하여진 것인지를 신중히 살펴보아야 한다. 계약상 발생하는 불균형을 바로 잡기 위해 소비자계약상 불공정 조항에 관한 규정(the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations)이 존재하고 있으나, 위 규정으로 소비자 계약에서 발생하는 계약의 불균형 문제가 모두 해결이 되고 있는지에 대해서는 의문이다. 일견에서는 위 규정이 소비자 계약에 있어 불균형한 계약을 규제하는데 지나치게 협소하고 불충분한 것으로 보인다고 지적한다. 그러므로 계약이 자유로이 교섭되지 않은 상황들을 식별할 보다 일반적인 매커니즘을 필요로 하다고 주장한다. 상사계약에서는 당사자들이 각자의 상업적 이익을 잘 보호할 수 있을 것으로 추정해야 하지만, 법령이 소비자라고 규정하는 자들 이외의 모든 당사자들이 상대방의 압박을 피할 수 있다고 추정해서는 안된다. 이러한 문제 해결을 위한 논의는 차후에도 지속적으로 행해져야 할 것이다. T. Downes, ‘Rethinking Penalty’ in P. Birk (ed), “Wrong and Remedies in the Twenty-First Century”, Clarendon Press: Oxford, 1996, p.268.

차이를 요약한다면 다음과 같다. 위약금 약정은 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별되는데 우리 민법은 손해배상액의 예정의 감액을 인정하며 위약벌의 경우 채무자의 의무 위반에 대한 제재로서 별도의 손해배상 청구를 가능하게 하며 그 정도가 사회질서에 반할 정도로 과도하다면 공서양속에 반한다 하여 전부 또는 일부 무효를 인정한다. 영국법의 경우 손해배상액의 예정의 증·감액을 인정하지 않으며 위약벌의 경우는 일체의 강제가능성을 부정하고 있다.

우리 민법과 영국법 모두 위약금 약정을 손해배상액의 예정과 위약벌로 구별한다고 할 수 있으나 그 의미에는 차이가 있다. 그 구별이 우리 민법은 위약금은 손해배상액의 예정 혹은 위약벌의 형태로 존재할 수 있다는 구별이라면 영국법의 경우 어떠한 계약에서 정해진 하나의 위약금을 손해배상적 요소가 강하다면 손해배상액의 예정(liquidated damages)으로 압박적 요소가 강하다면 위약벌(penalty)로 판단하는 구별이라고 할 수 있다. 그렇기에 영국법은 하나의 위약금이 손해배상적 요소가 강하면 손해배상액의 예정으로서 그 약정을 유효로 하고 압박적 요소가 강하게 되면 그 자체를 위약벌로 무효로 하는 체계를 가지고 있다는 점에서 우리와 다른 모습을 띄고 있다. 영국법에서의 위약벌이라 함은 우리 민법에 있어서 과도한 위약금의 형태와 같다고 할 것이다.

우리 민법은 위약금 약정의 구별에 있어서 계약 해석을 통한 당사자의 의도가 무엇인지를 고려하는데 반해 과거 영국법의 경우 당사자의 의도보다 위약금의 기능을 더욱 고려하는 태도를 보인다. 이러한 태도는 당사자의 의도와는 상관 없이 예정된 배상액이 과다하다 판단되면 위약벌로서 무효로 하는 엄격한 기준을 통해 알 수 있다. 영국법의 이러한 엄격한 기

준은 Treitel이 지적한 바와 같이 보통법상 위약금 체계에서는 감액의 규정을 두지 않고 있음에 영향을 받은 것이라고 할 수 있다.

이처럼 우리 민법과 영국법은 위약금 약정에 있어 서로 다른 체계와 기능을 가지고 있기 때문에 단순 비교는 어려울 것이다. 그러나 영국법에서 하나의 위약금을 두고 위약벌로 판단하는 기준은 무엇이며 손해배상적 요소와 제재적 요소를 얼마만큼 존중해 줄 것이냐의 고려는 우리 민법에서도 참고할 수 있는 요소이다. 위약금 약정을 손해배상액의 예정으로 추정하고 또 다른 형태로 위약벌을 인정하고 있는 우리 민법의 체계에서 양자 구별에 있어 위약벌의 개념을 규명하는 것은 중요한 요소이기 때문이다. 또한 우리 민법에서 법원이 손해배상액의 예정을 감액하는 것도 손해배상액의 예정이 가지는 압박적 기능에서 그 압박의 기능이 부당히 과다할 경우 감액을 하는 것이기 때문에 감액의 정당성 여부를 판단하는데도 참고할 만하다.

최근 영국 판례를 살펴볼 때, 영국이 하나의 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단하는 기준은 ‘비양심성’이라고 할 수 있다. 비양심성이란 계약 당사자들 간 협상력의 불균등을 판단하는 기준이다. 즉, 계약 당사자들이 자유로이 교섭하여 계약을 체결한 경우에는 예정된 배상액이 과다하다 할 수 있을지라도 위약벌로 판단할 수 없다는 것이다. 이러한 경향은 상사계약에서 더욱 뚜렷이 나타난다. 상사계약의 경우 계약 당사자들은 그 누구보다 각자에게 유리하거나 불리한 조건들을 세밀히 살피고 검토하며 자문을 구할 수도 있는 전문가이기 때문에 그들 사이에 체결된 계약은 비양심적이라 할 수 없다. 영국 법원은 각각의 이익을 잘 보호

할 수 있는 계약 당사자들이 합의한 내용들이 정상적으로 이행될 수 있도록 해야 하며 법원의 지나친 개입은 오히려 합리적인 손해배상에 불확실성을 초래할 것이라고 말한다. 이러한 판단을 바탕으로 최근 영국 법원은 제재적 성격을 띠는 약정을 해석함에 있어서 점차 계약 당사자들이 계약 내용에 명시한 내용을 존중하려는 모습을 보인다. 이는 계약 자유의 원칙의 중요성을 강조하는 것이라고 볼 수 있다. 영국 법원은 제재적 성격을 띠는 약정을 손쉽게 위약별로 판단하여 무효로 하는 것은 계약의 자유에 대한 지나친 간섭이라 하며 법원은 위약별 판단의 기준을 너무 엄격히 설정하지 않도록 주의하여 당사자들이 합의한 계약 내용을 최대한 존중해야 할 것임을 밝혔다. 이는 과거 영국법이 위약금 약정을 구별하는데 있어 기능적 측면에 중점을 두었다면 최근 영국법은 계약 당사자의 의도를 파악하고 최대한 계약 내용을 존중하려는데 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 즉, 영국법은 점차 하나의 위약금을 두고 위약별임을 판단하는 기준을 높게 설정해 두고 있는 것이다.

이러한 영국법의 태도는 우리 민법에서도 참고할 수 있다. 우리 민법 또한 최근 판례들을 살펴보면 하나의 위약금을 위약별로 판단함에 있어 그 기준을 높게 설정하여 두고 있다. 이러한 태도의 취지는 영국법은 그 기준을 높여 최대한 양 당사자들의 계약이 위약별로 무효가 되지 않도록 하고자 함에 있고 우리 민법은 손해배상액의 예정을 통해 당사자 일방이 합리적인 배상을 받을 수 있게 하려는 데 있다.²⁰³⁾ 양 국가 모두 계약을 유연하게 해석하여 최대한 합리적으로 손해배상을 받게 하려는 것이다.

203) 위약금이 위약별로 판단될 시에 별도의 손해배상 청구가 가능하다는 점과 손해배상액의 예정으로 판단될 시 감액이 가능하다는 점을 고려해 볼 수 있다.

이러한 기준은 우리 민법의 손해배상액의 예정의 감액에도 적용할 수 있다. 위에서도 언급하였다시피, 우리 민법에서 법원이 손해배상액의 예정을 감액하는 것도 손해배상액의 예정이 가지는 압박의 기능이 부당히 과다하다 판단할 수 있는 기준을 넘을 경우 감액을 하는 것이기 때문이다. 영국 법은 최대한 계약 당사자들의 합의를 존중하고 그에 대한 개입을 꺼리는 태도를 보이고 있다. 또한 예정된 배상액이 통상적으로 지급될 것이라 예상할 수 있는 배상액보다 과다하다 하더라도 그 약정이 ‘비양심적’으로 체결된 것이 아니라면 예정된 배상액이 지나치게 도를 넘지 않는 한 그 예정된 배상액을 인정하고 있다. 우리 민법에서도 계약 당사자들이 합의로 정한 손해배상액의 예정을 감액하는데 있어 ‘부당히 과다함’을 판단함에 법원은 신중을 기해야 하며 지나친 개입은 자제하여야 할 것이다. 물론 우리 민법 제398조 제2항의 손해배상액의 예정의 감액 조항은 위약벌의 강제가능성을 전면 부정하는 경직된 영국법과 달리 약정된 위약금이 보다 합리적이고 유연하게 지급되도록 돕는 규정이라 할 수 있다. 그러나 손해배상액의 예정의 감액에 있어 법원의 지나친 개입을 자제하여야 한다는 것이 우리 민법이 손해배상액의 예정의 감액 규정을 통해 가지는 ‘유연성’을 포기한다는 의미는 아니다. 다만 영국과 같이 양 당사자가 전문가를 통해 법률 자문을 받아 충분히 합의하였으며 동등한 협상력을 가진 상태에서 체결된 계약이라면 법원은 ‘과다함’을 판단함에 있어 신중해야 한다는 것이다.

제 4 장 결론

(1) 우리 민법에서 제398조를 통하여 채무불이행시 채권자에게 일정한 금전 기타 이익을 지급하기로 하는 당사자 간의 합의, 즉 위약금 약정을 인정하고 있는 것처럼 영국 또한 당사자들이 계약 위반을 대비하여 일정한 금액을 지급하기로 약정할 수 있다. 위약금 약정의 취지는 채무자가 계약 내용에 좇은 이행을 하지 않아 채권자가 채무자에게 손해배상을 청구하는 경우, 채권자는 손해가 발생하였다는 것을 증명해야 하는 부담과 소송에 있어서 이를 증명하기 위해 많은 시간과 비용을 들여야 하게 되는데 만약 계약 당사자들 사이에 채무자의 채무불이행을 대비하여 손해배상액을 예정해 둔다면 증명의 부담과 소송에 있어서의 시간과 비용을 줄일 수 있게 된다는 것에 있다 할 수 있다. 다만 차이점은 영국은 우리 민법에서와 달리 손해배상액의 예정만 인정하고 있으며 위약벌은 인정하고 있지 않다는 점이다. 앞에서 살펴봤듯이, 예정된 배상액이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 구별하는 작업은 양 국가에서 모두 쉽지 않은 일이다.

(2) 본 논문 제 2장 제 2절에서 소개한 판례들을 살펴보면 우리 민법은 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는데 있어 혼란을 겪어왔음을 알 수 있다. 우리 민법의 학설과 판례는 손해배상액의 예정은 손해전보 기능과 함께 이행강제 기능도 가지고 있다고 인정하고 있으며 위약벌은 제재적·예방적 기능만을 가지고 있다고 설명하고 있다. 그러나 실제로는 두 기능

을 모두 가지고 있는 경우가 많은데 이때는 위약금 약정의 당사자가 손해 전보 기능에 초점을 맞추었다면 그 위약금은 손해배상액 예정이고 이행강제에 초점을 맞추었다면 그 위약금은 위약벌이라고 설명하기도 한다. 이는 대체로 타당한 설명이지만 이것만으로 양자를 중국적으로 구별할 수 없다.²⁰⁴⁾

2000년대 이전의 판례를 살펴보면 위약금에 제재적 성격이 있는 경우 위약벌로 인정하는 경우가 많았다. 특히 계약보증금에 관해서 종전에는 계약보증금을 위약벌로 본 사례들이 많았다. 특히 도급계약에서는 계약보증금과 지체상금의 약정이 있는 경우 지체상금은 손해배상액의 예정에 해당하고, 계약보증금은 위약벌에 해당한다고 보는 사례들이 많았다. 그러나 2000년대 이후에는 도급계약에서 계약보증금과 지체상금이 함께 규정되어 있는 것만으로 계약보증금을 위약벌로 보기는 어렵다고 판단하며 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 한다고 판시하였다.²⁰⁵⁾ 이러한 판례의 변화를 통해 예정된 배상액이 위약벌임을 인정함에 있어 대법원은 신중하고 엄격한 태도를 보이고 있음을 알 수 있다. 최근 예정된 배상액이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단한 사례를 살펴보면, 양자 구별의 실제적인 기준으로 ‘채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부’를 들고 있다. 대법원 2016.7.14. 선고 2012다65973 판결에서는 이행보증금 몰취에

204) 권영준, 전계 논문, 207면; 계약 해석의 대상은 그 계약에 내재한 당사자의 효과의사이지 그 계약이 수행하는 사실상 기능이 아니기 때문이다. 또한 위약금의 사실상 기능의 내용과 모습, 강도는 각 당사자의 지위나 입장, 당사자의 심리적 상태, 당사자와 계약을 둘러싼 제반 상황에 따라 얼마든지 달라질 수 있다.

205) 그 이후에도 도급인이 수급인의 하자보수보증금 불이행을 이유로 하자보수보증금의 몰취 외에 실손해를 입증하여 그 초과액 상당의 손해배상을 받을 수 있다고 하는 ‘특수한 손해배상액의 예정’과 위약금이 손해배상액의 예정과 위약벌의 성질을 함께 가진다고 보는 판결들이 나오기도 하였다.

관한 양해각서 관련 조항에서 위약벌이라는 명시적 문구를 사용하고 있었으나, 양해각서에서 이행금 물취를 유일한 구제수단으로 규정하며 별도의 손해배상을 청구할 수 없다고 규정한 점들을 미루어 보아 이를 손해배상액의 예정으로 판단하였다. 또한 이 판결에서는 당사자 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 이용해 체결한 것인지 등 당사자의 지위, 계약의 체결 경위와 내용 등을 고려하는 즉, ‘경제적 약자인 채무자에게 부당한 압박을 가하였는가’라는 기준을 고려하기도 하였다.²⁰⁶⁾

일각에서는 양자의 구분은 그 개념에 있어서나 실제적 효용에 있어서나 큰 의미를 찾기 어려우며 오히려 양자의 구분과 그에 따른 상이한 법리와 접근 방식은 문제의 본질을 흐리는 것이라는 주장이 존재하지만, 손해배상액의 예정과 위약벌에 효과상 차이가 존재하며 손해배상액의 예정과 위약벌을 명확히 구별하지 않을 경우 초과된 손해에 대한 청구가능성, 약정된 금액의 증액 또는 감액청구가능성, 이중취득의 문제 등에서 혼란이 발생할 수 있다는 점에서 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별은 필요할 것이다. 그러므로 양자 구별에 있어 위약벌의 개념을 규명하는 것이 중요한 요소이다. 생각건대, 위약벌로 인정될 수 있는 기준은 손해배상과의 무관계성이며, 위약금을 손해배상과 별도로 채권자가 공짜로 차지하는 것이 계약상 명확한 경우에 위약벌로 보아야 할 것이다.

206) 당사자들 사이에 이루어지는 위약벌의 약정이 사법적으로 존중되어야 하는 계약 자유의 범주 안에 든다고 하더라도 현재 계약의 질서가 추구하는 계약상 당사자의 동등한 지위와 계약 관련 정보의 평등이 제대로 이루어지고 있지 않은 계약 등에 관하여서는 아무리 위약벌이라고 하더라도 사후의 사법적 통제가 필요한 경우가 점차 많아지고 있다.

(3) 영국의 경우 위약벌의 효력을 인정하지 않고 있기 때문에 오래 전부터 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별하는 판례들이 구축되어왔다. 영국의 위약벌 법리에 대한 부정적 시각은 계약 구제의 목적은 오롯이 손해 전보이며 제재가 되어서는 안된다는 관점에서 비롯된다. 영국에서 계약 위반에 대한 법적 구제의 기본 원칙은 계약 위반에 의해 발생한 손해를 정당하게 배상하는 것이다. 양자 구별의 지도적 판결인 Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage and Motor Co. Ltd 판결에서 Dunedin 판사는 4대 해석 규칙을 세워 이를 일반적인 구별 기준으로 두었다. 이 구별 기준에 따르면 손해배상액의 예정은 손해의 성실한 사전 추정(genuine pre-estimate)어야 하며, 진정한 계약 위반으로부터 발생한 것이라고 가정적으로 입증될 수 있는 최대 손해와 비교해 약정된 액수가 과도하여 금액이 터무니없고(extrajant) 비양심적인(unconscionable) 경우에는 위약벌로 간주된다.

그러나 최근 판례들을 살펴보면 법원은 Dunedin 판사의 지나치게 엄격한 범주를 꺼리고 있음을 알 수 있다. 대표적으로 Philips Hong Kong Ltd V The Attorney-General of Hong Kong 판결에서 Woolf 판사는 “법원은 너무 엄격한 기준을 두지 않도록 주의해야 하며, 계약 당사자들이 합의한 내용들이 정상적으로 인정될 수 있도록 해야함을 명심해야 한다. 어떠한 다른 접근 방식은 특히 상사계약에 있어서 바람직하지 않은 불확실성을 초래하게 될 것이다. 그들은 각각의 상사 이익을 잘 보호할 수 있는 양 계약 당사자들이 위약벌 조항에 합의하였다는 사실은 손해배상액의 예정을 계산하는 방식이 강압에 의한 것이 아님을 시사한다.”라고

판시하며 적어도 양 당사자가 동등한 지위에서 체결하는 계약, 특히 상사 계약에서는 계약은 준수되어야 한다는 원칙을 강조하였으며 위약벌 판단에 신중을 기해야 할 것임을 언급하였다. 그 이후의 판결들도 비슷한 추세를 따르고 있다. Downes는 위약벌 판단에 있어 예정된 배상액이 통상적으로 지급될 수 있는 배상과 불균형적인 금액인지 여부를 판단해야 한다고 시사하였다. 심각한 불균형의 위험이 없다면, 해당 조항은 추가적인 탐색 없이 옹호되어야 할 것이며 불균형이 있을 경우 해당조항이 비양심적인 것인지에 치중해야 한다. 비양심적이라는 것은 계약 당사자들 간 협상력에 불균등이 있는 경우 발견 될 수 있을 것이며 약정된 금액이 과다하다는 사실만으로 위약벌을 판단할 충분한 근거가 되지 않는 것이다.²⁰⁷⁾ 이는 합리적인 범위의 위약벌은 그 강제가능성을 인정하겠다는 것과 다름 없으며 오랫동안 위약벌에 대해 부정적 시각을 견지하던 영국법에 있어 큰 변화임에 틀림없다.

(4) 우리나라와 마찬가지로 영국 또한 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별함에 있어 그 판단 기준에 변화를 겪어왔다. 이는 손해배상액의 예정과 위약벌의 구별이 쉽지 않은 일임을 알려준다. 양자 구별은 당사자들이 합의한 계약 해석의 문제이며 개개의 사건들은 그 사건과 결부된 특수한 사정이 있을 것이고 어떠한 판례에서는 타당한 준칙이더라도 다른 판례에서

207) 피고에 대한 조항의 압박성(oppressiveness)과 관련 있는 요인인 규정 금액과 원고가 입을 가능성 있는 손해 간의 불균형 정도와 조항을 집행하고자 할 때 원고 행위의 비양심성과 관련 있는 요인인 계약 당사자들 간 관계의 본질을 포함한 여러 상황에 좌우될 것이다. 그러나 법원들은 계약 위반 후에 당사자들 스스로 권리 의무를 해결할 자유를 침해하지 않도록 필요 불균형을 너무 쉽게 찾으려 해서는 안 된다. M. C. Wishart, 'Controlling the Power to Agree damages' in P Birk (ed), "Wrong and Remedies in the Twenty-First Century", Clarendon Press: Oxford, 1996, p.299.

는 실제적인 유용성을 갖지 못할 수도 있다. 그러나 그렇다고 해서 양자를 구별하는 것이 무의미한 일은 아닐 것이다. 본 논문에서는 우리 민법이 손해배상액의 예정과 위약벌을 구별함에 있어 구축해온 판례들을 살펴보고 영국에서는 손해배상액의 예정과 위약벌을 어떻게 구별하는지를 판단할 수 있는 주요 판례들과 그 과정의 변화에 대해 살펴봄에 의의가 있다고 할 것이다.

손해배상액의 예정과 위약벌의 구별 기준에서 우리나라와 영국은 점차 약정된 위약금을 위약벌로 판단하는데 있어 신중한 태도를 보임을 알 수 있다. 물론 우리 민법은 영국과는 달리 위약벌을 무효로 보지 않으며 위약금이 손해배상액의 예정이라 판단 되면 감액의 가능성이 있다는 점에서 영국의 구별 기준과의 단순 비교는 어려울 것이다. 그러나 그렇다 해서 영국의 구별 기준을 살펴보는 것이 우리 민법에 참고할 점이 없다고 할 수는 없을 것이다. 앞서서도 언급하였듯이, 우리나라와 영국은 예정된 배상액이 위약벌로 판단함에 있어 신중한 태도를 보이고 있다. 영국의 경우, 예정된 배상액이 위약벌로 판단될 경우 계약 당사자들의 합의가 무효가 되어버린다는 점에서, 우리나라의 경우 감액 가능성을 잃게 된다는 점에서 위약벌의 인정에 엄격하고 신중한 접근 태도를 보이는 것이라 할 수 있다.

비록 양 국가는 손해배상액의 예정과 위약벌에 있어 다른 체계를 가지고 있다 할 수 있지만, 그 판단에 있어 점차 유사한 방향으로 나아감을 살펴볼 수 있다. 이는 영국의 경우, 계약 당사자들의 계약 내용을 최대한 존중하여 당사자들 나름의 공정하고 합리적인 합의가 무효가 되어버림을 방지하고자 함에 있으며 우리 민법의 경우 손해배상액의 예정으로 합리적인

배상을 할 수 있도록 함에 있다고 할 수 있을 것이다. 그러나 손해배상액의 예정이 법원의 재량으로 감액이 가능하다고 하여, 감액 결정을 쉽게 판단할 수는 없을 것이다. 앞서 위약벌에도 손해배상액의 예정에 관한 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해에서도 마찬가지이다.

위약벌에도 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해는 우리 민법이 손해배상액의 예정의 감액이 가능하다고 규정하고 있다는 점에서 그 감액의 필요성은 사적 제재에 해당하는 위약벌에 있어 더욱 크다고 볼 수 있다는 점 등을 비추어 볼 때 위약벌의 감액이 손해배상액의 감액보다 더 엄격하여야 한다는 것은 모순이라는 취지에서 비롯된 것이다. 그러므로, 위약벌에도 민법 제398조 제2항을 유추 적용해야 한다는 견해가 위약벌을 법원이 손쉽게 개입하여 감액할 수 있다는 의미는 아닐 것이다. 법원은 계약 당사자들이 합의로 정한 위약금을 감액하는데 있어 ‘부당히 과다함’을 판단함에 법원은 신중을 기해야 할 것이다.

(5) 최근 영국 판례를 살펴볼 때, 영국이 하나의 위약금이 손해배상액의 예정인지 위약벌인지를 판단하는 기준은 ‘비양심성’이라고 할 수 있다. 비양심성이란 계약 당사자들 간 협상력의 불균등을 판단하는 기준이다. 즉, 계약 당사자들이 자유로이 교섭하여 계약을 체결한 경우에는 예정된 배상액이 과다하다 할 수 있을지라도 위약벌로 판단할 수 없다. 영국의 이러한 태도는 위약벌 판단의 기준을 높게 설정해두고 있다고 할 수 있다. 즉, 영국은 최대한 계약 당사자들의 합의를 존중하고 그에 대한 개입을 꺼리는 것이다.

영국법에서 하나의 위약금을 두고 위약별로 판단하는 기준은 무엇이며 손해배상적 요소와 제재의 요소를 얼마만큼 존중해 줄 것이냐의 고려는 우리 민법에서도 참고할 수 있는 요소이다. 또한 우리 민법에서 법원이 손해배상액의 예정을 감액하는 것도 손해배상액의 예정이 가지는 압박의 기능이 부당히 과다할 경우 감액을 하는 것이기 때문에 감액의 정당성 여부를 판단하는데도 참고할 만하다.

참고문헌

1. 국내 단행본

- 곽윤직, 민법주해(IX), 박영사, 1997.
- 곽윤직, 채권총론[민법강의Ⅱ], 박영사, 2003.
- 김상용, 채권총론, 개정판증보, 법문사, 2006.
- 김용한, 채권법총론, 박영사, 1990.
- 올란드·휴빌 편/김재형 역, 유럽계약법원칙 제 1·2부, 박영사, 2013.
- 김증한·김학동, 채권총론 제6판, 박영사, 1998
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1998
- 송덕수, 채권법총론 제2판, 박영사, 2015.
- 양창수·김재형, 계약법 제2판, 박영사, 2015.
- 이은영, 채권총론 제4판, 박영사, 2009.
- 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003.

2. 국내 논문

- 강신웅, “위약 계약금·보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론”, 기업법연구 제16집, 한국기업법학회, 2004. 3.
- “위약벌의 인정문제”, 민사법연구 제5집, 대한민사법학회, 1996. 12.
- 김기현, “계약이행보증금과 지체상금의 관계”, 건축관련판례 50선, 대구판례연구회.

- 김동훈, “민법상 위약벌 제도의 운용방향”, 인권과 정의 제 465호, 2017.5.
- 김재형, “손해배상액의 예정에서 위약금 약정으로”, 비교사법, 제21권, 2013.
- 김창보, “채무자의 귀책사유로 매매계약이 해제되었을 때 채무자는 계약보증금을 채권자에게 귀속시키고 손해배상책임도 지기로 약정한 경우, 계약보증금 귀속의 약정을 위약벌이 아닌 일종의 손해배상의 예정이라고 해석한 사례”, 대법원판례해설 제32호, 1999.10.
- 권영준, “위약벌과 손해배상액 예정”, 저스티스 제155호, 2016.
- 서민, “손해배상액의 예정”, 민사법학 제7호, 1998.
- 이광범, “손해배상예정액의 감액”, 민사판례연구 제16집, 민사판례연구회.
- 이동신, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 판례 연구”, 민사재판의 제문제 제11권, 2002.
- 이지윤, “판례에 나타난 ‘특수한’ 손해배상액의 예정과 위약벌”, 비교사법 제18권 제4호, 2011.12.
- 이창한, “손해배상액의 예정에 관한 몇 가지 문제점”, 민사법연구 제 3집, 호남민사법연구회, 1994.
- 지원림, “위약금에 관한 약간의 고찰-위약금의 법적 성질 및 위약벌의 감액을 중심으로-”, 인권과 정의 제430호, 2012.12.
- 채동현, “손해배상액의 예정과 위약벌의 구분 기준 및 관련 쟁점에 대한 검토”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 59(1), 2018.
- 최병조, “위약금의 법적 성질”, 민사판례연구, 제11집, 1989.
- 최창열, “손해배상액의 예정과 위약벌에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 1998.

홍승면, “손해배상액의 예정과 위약벌의 구별방법”, 민사판례연구, 제24권, 2002.

3. 국내저널

김동훈, 하자보수보증금의 성질, 법률신문 제3198호, 2003.

4. 외국 문헌

奥田 昌道 (編集), 新版注釋民法(10) 第420~421條, 有斐閣, 1991, (能見善久 執筆)

P. S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 6th ed, 2005.

H. Beale, Chitty on Contracts, 31th ed, Vol. 1, 2012.

J. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 20th ed, 1991.

T. Downes, 'Rethinking Penalty' in P Birk (ed), "Wrong and Remedies in the Twenty-First Century", Clarendon Press: Oxford, 1996.

J. Fenton, Liquidated Damages as Prima Facie Evidence, (1975-1976) 51 Ind LJ.

I. M. Garica, Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties, European Journal of Legal Studies, Volume 5, Issue 1 (spring/summer 2012).

C.J. Goetz and R.E. Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and

- a Theory of Efficient Breach' (1977).
- L. Gullifer, 'Agreed Remedies' in Burrows and Peel (eds) "Commercial Remedies :Current Issues and Problems", Oxford: Oxford University Press, 2003.
- A. Ham, The Rule against Penalties in Contract: An Economic Perspective, 1990 17 MelbULRev.
- D. Harris, D. Campbell and R. Halson, Remedies in Contract and Tort, 2nd ed, CUP;Cambridge, 2005.
- D. Harries, Incentive to Perform, or Break Contracts, Current Legal Problems, Volume 45, 1992.
- Aristides N. Hatzis, Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty clauses in Common and Civil Contract Law, Department of Philosophy and History of Science, University of Athens, University Campus, 2002.
- O. W. Holmes, The Path of the Law: Harvard Law Review, Vol.10, 1897.
- S. Milsom, Historical Foundations of the Common Law, 2nd ed, 1981.
- J. Morgan, Great Debates In Contract Law, 2nd ed, 2015.
- J. Poole, Casebook on Contract Law, 9th ed, 2008.
- R. Posner, Economic Analysis of Law, 6th ed, 2002.
- S. Rea, Efficiency Implications of Penalties and Liquidated damages, 1984, 13 JLS.
- S. Rowan, Remedies for breach of contract: A comparative Analysis of

the protection of performance, Oxford: Oxford University Press, 2013.

A. Simpson, A History of the Common Law of Contract, 1975.

Y. Spiegel, On the Economic Efficiency of Liquidated Damages, Economics Letter Vol. 45 No.3, 1994.7.

G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford: Clarendon Press, 1991.

G. H. Treitel, The law of contract, 14th ed, 2015.

D. Wallace, Hudson's Building and Engineering Contract, 11th ed, 1995.

M. C. Wishart, 'Controlling the Power to Agree damages' in P Birk (ed), "Wrong and Remedies in the Twenty-First Century", Clarendon Press: Oxford, 1996.

M. Yip and Y. Goh, Convergence between Australian Common Law and English Common Law: The Rule against Penalties in the age of Freedom of Contract, Common Law World Review 46(1), March 2017.

5. 외국 저널

John de Waal QC (4 November 2015), "The Law on Penalties After ParkingEye v Beavis", Hardwicke Chambers.

Abstract

A Study on Agreed Payment for Non-performance

—Focused on a comparison with English Law—

Lee Eun Saem

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

The parties to a contract may stipulated in advance a sum payable for non-performance and the stipulated payment clause is termed agreed payment for non-performance. Korean Civil Code does not directly concern an agreed payment for non-performance, but provides in Article 398, Paragraph 4 of the Korean Civil Code "Agreed payment for non-performance shall be estimated as liquidated damages". Through this, it can be understood that as a form of penalty, there is liquidated damages, and there exists penalty, not liquidated damages; and the

conventional wisdom and precedents recognize the concept of penalty as agreed payment for non-performance, not liquidated damages. As such, the type of agreed payment for non-performance can be divided into liquidated damages and penalty.

Usually, if agreed payment for non-performance chiefly has the function of liquidated damages, it is regarded as liquidated damages, or if it is established as a means of private oppression to make debtors fulfill their obligation, it is viewed as penalty. However, the problem is that since two types of agreed payment for non-performance perform two functions together more often rather than perform only one function, it is not easy to distinguish, and the precedents also do not have obvious criteria whether agreed payment for non-performance are viewed as liquidated damages or as penalty. Before the 2000s, in some cases, precedents viewed contract deposit as liquidated damages, but in many cases, they viewed it as liquidated damages. Especially, in subcontracts, when deposit and liquidated damages for delay were promised together, the liquidated damages for delay applied to liquidated damages, and in many precedents, deposits applied to penalty. But since 2000s, the Supreme Court, saying "An agreed payment for non-performance shall be estimated as liquidated damages in accordance with Article 398, Paragraph 4 of the Korean Civil Code, and that for agreed payment for non-performance to be interpreted as penalty, special circumstances must be claimed and verified." has

declared that agreed payment for non-performance shall be acknowledged as penalty only in a special circumstance and showed its cautious and stern manner to the acknowledge of penalty.

Some claim that due to the ambiguity of distinction between the two, it will be difficult to find a significant meaning in their concept or practical use to separate agreed payment for non-performance into liquidated damages and penalty and rather that distinction between the two and different legal principles and approaches accordingly will obscure matters. But in case liquidated damages and penalty are not clearly distinguished, the chaos can result from a possibility to claim for excess damages, a possibility to claim for reduction of intended amount of compensation, etc. Therefore, it could be said that liquidated damages and penalty must be distinguished and the key criteria have nothing to do with compensation for damages and that penalty is the money paid or disadvantage imposed regardless damages.

Also, Article 398 of the Civil Code laid its title on liquidated damages, and in case of penalty, it is a problem whether it can apply the above provisions. Particularly, it can be said that the provision to be discussed is the reduction provision of liquidated damages provided on Article 398, Paragraph 2. In the case of penalty, precedents can not analogically apply Article 398, Paragraph 2. And for public order and good morals provided on Article 103 of the Civil Code, the provision is only nullified or partially nullified. But this has caused a result like

reduction; Given Article 398, Paragraph 2 of the Civil Code, the necessity of reduction will have a large effect on penalty with more restrictive function; therefore, it should be acknowledged that Article 398, Phrase 2 of the Civil Code should be analogically applied to penalty to admit reduction.

Even English law distinguishes stipulated sum between the agreement of liquidated damages and penalty. It can be said that the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damages, and that the nature of penalty is in terrorem. The difference between Law of the English law and Korean Civil Code is that only liquidated damages is valid and penalty is unenforceable.

Therefore, English law has developed the criteria for specifically distinguishing between liquidated damages and penalty through case over a long period time. Up to now, penalty has completely been enforceable and English law had stern criteria for its judgment. In English law, this stems from the fact that the ground rule of remedies for breach of contract is the just compensation for the damages from the breach of contract. In a case, *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd*, which were the foundation for distinction between liquidated damages and penalty explain that the essence of penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of offending party to force him to perform the contract and the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of the actual loss.

However, examining the recent cases, it is pointed out that the excessively stern category applied to Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v New Garage & Motor Co. Ltd nullified the contract considered bargaining position of the contracting parties, potential oppression and the reasonableness of the agreed sum- especially, in case of a commercial contract - they show the most respectful attitude of the contents they rationally agreed on, and consider that only the fact that previously fixed amount of damages are excessive is not a sufficient basis to be judged as a breach of contract, and so the court is careful to judge and dislike engaging in the parties' contracts.

Although both countries have a different system in liquidated damages and penalty, it can be said that the standard of judgment is stepping in the similar direction. It could be said that English law's intention is for respecting the contract of contracting parties as much as possible, and for preventing being unvaild a parties' own equitable and reasonable agreement. and that Korean Civil Code's intention is for reasonably paying for damages with liquidated damages. In this respect, it is thought that examining English law, and comparing it with our Civil Code will be worthy of study.

keywords: agreed payment for non-performance, liquidated damages, penalty, English law

Student Number: 2015-22994